

فَقِّهَ الْمَوْلَانِ شَيْخِ الْوَضَائِعِ

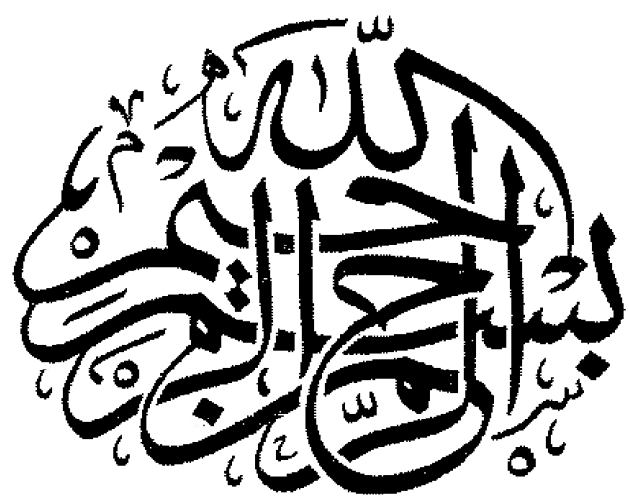
فِي
الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ
دراسة مقارنة

وَلَقَدْ فَضَّلْنَاكَ اللَّهُ
مُفَتًى الدِّينِ وَالْمَضَرَّةِ

الهيئة العامة للكتاب - المكتبة الوطنية	
رقم التسجيل	2597
رقم الترخيص	30837



أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد الخلق
أجمعين محمد بن عبد الله النبي الهادي الأمين وعلى آله الطيبين الطاهرين
وأصحابه الغر الميامين وأتباعه الذين اقتشفوا أثره من بعده ورفعوا لواء الدين بين
العالمين ومن اهتدى بهديه واتبع طريقه ومنهجهم وسنته إلى يوم الدين .

وبعد ..

فإن المال هو عصب الحياة وزيتها ولا غنى عنه بأي حال لتحقيق استخلاف
الإنسان على هذه الحياة حسبما ورد في قوله تعالى: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ
خَلِيفَةً﴾^(١) خلافة حقيقية تسعد البشر على وجه الأرض في كل مكان وتحقيق لهم
السلام والأمان .

فالمال والإنسان عنصران رئيسيان لا غنى لأحدهما عن الآخر لتحقيق هذه
الخلافة الشرعية وتمكينها على الأرض لتحقيق وحدانية الله بين البشر في هذه الحياة
وعبادته على النحو الذي يحقق الغاية السامية من خلق هذا الإنسان والذي يشير
إليه سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ * مَا أُرِيدُ
مِنْهُمْ مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعَمُوا ۖ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ﴾^(٢) .

وبالمال والإنسان معا تتحقق كليات الإسلام الخمس التي لا وجود للإسلام كحقيقة
ملموسة واقعة بين الناس إلا باجتماعها في هذه الحياة وهي: الدين، والنفس،
والعقل، والنسب، والمال .

(١) الآية ٣٠ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ من سورة الذاريات .

ويتحقق الدين، والنفس، والعقل، والنسب في داخل الإنسان ويتحقق المال من خارج الإنسان ولكن بنشاطه وجدته وسعيه في هذه الحياة، ولهذا كان استخلاف الإنسان في المال ضرورة من ضرورات الحياة واستمرارها وقد فطن الإنسان إلى ذلك بعقله وفطرته من حيث ظهوره ونشأته على هذه الحياة.

هذا وقد اختلفت النظم البشرية في تحقيق هذه الخلافة وتطبيقها حسب قربها وبعدها من نظام السماء ومنهج الله في تملك الأموال وحيازتها وبأى سبب من الأسباب الشرعية وهي: تملك المباحات، والإرادة المنفردة والعقد، والشفعة، والميراث، وهي لا تخرج عن الفعل، والإرادة، والانتقال بحكم شرعى وهو المعبر عنه بالخلافة المالية أو الاستخلاف الشرعى في المال، وهذا النظام يثبت بحكم شرعى وهو لا يرتد بالرد ولا يحتاج إلى إرادة من أحد وأصبح حدا من حدود الله لا يجوز تعديله أو تغييره أو إلغاء شيء منه بأى حال من الأحوال في نظام الإسلام.

وفي هذه الدراسة سنبين نظام الإسلام في الوصية، والميراث، كنظامين من النظم المالية التي تحقق الخلافة للإنسان على هذه الحياة وذلك من خلال نصوص فقهاءنا القدامى وتراثنا الفقهى القديم والحديث وذلك بأسلوب العصر الذى نعيشه تيسيراً لطلاب العلم والباحثين فيه لخدمة الإسلام والمسلمين فى مجال الفقه والقضاء المتعلق بالأحوال الشخصية فى أمور الموارث والوصية فى الشريعة الإسلامية دراسة تحليلية عامة من كل المذاهب وذلك بعد الدراسة الخاصة التى سبقتها فى الفقه الشافعى والتى تم نشرها.

وسوف نبين بإيجاز فى هذه الدراسة تاريخ استخلاف المال بالميراث والوصية فى النظم القانونية والبشرية التى سبقت نظام الإسلام إتماماً للفائدة ولإظهار محاسن الإسلام فى هذا المجال وذلك قبل الدخول بالتفصيل فى نظام الإسلام المتعلق بالميراث والوصية .

ندعو الله سبحانه وتعالى أن يسجننا الزلل وأن يوفقنا إلى ما قصدناه من نفع وخير ولما يحبه هو ويرضاه، إنه نعم المولى ونعم النصير وهو بالإجابة جدير .

المختار/ نصر فريد واصل

أستاذ ورئيس قسم الفقه

عميد كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بالدقهلية

ربيع الثانى سنة ١٤١٦ هـ

أكتوبر سنة ١٩٩٥ م

القسم الأول

فى نظم الموارىث وتارىخها

المبحث الأول

التعريف بالميراث

الميراث فى اللغة مصدر ميمى من ورث والمصدر إرث والهمزة بدل عن الواو وأصله ورث وأبدلت الواو همزة للتخفيف فى النطق لأن الواو يناسبها الضمة لا الكسرة فقلبت همزة منعاً لهذا الشغل . وأصل الميراث موارث تحركت وانكسر ما قبلها فقلبت ياء فصارت ميراث والميراث والتراث بمعنى واحد فى اللغة وفى هذا ورد قول الله تعالى : ﴿وَتَأْكُلُونَ التُّرَاثَ أَكْلًا لَّمًّا﴾^(١) أو أن الإرث والورث لغتان فى لسان العرب . تقول ورثه ورثاً وإرثاً ، وورثه ووارثه ، وأورثه الشيء وورثه إياه توريثاً أى أدخله فى ماله على ورثته^(٢) .

والميراث عند الفقهاء هو عبارة عن استحقاق الوارث نصيبه مما تركه الميت من مال أو حق^(٣) .

المبحث الثانى

تارىخ الميراث

الميراث تارىخه مرتبط بمن يتحقق فيه الميراث وهو الاستخلاف عن الغير وهذا لا يتحقق إلا فى الإنسان بصفته إنساناً لأنه الوحيد من خلق الله الذى استخلفه على هذه الأرض لعبادته وحده وعمارتها كما ورد فى قوله تعالى : ﴿إِنِّى جَاعِلٌ فِى الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^(٤) أى آدم والمراد به الإنسان . وبذلك يكون منشأ الميراث من أول

(١) الآية ١٩ من سورة الفجر .

(٢) مختار الصحاح مادة ورث .

(٣) الميراث المقارن ص ٤ .

(٤) الآية رقم ٣٠ من سورة البقرة .

وجود الإنسان على هذه الأرض لأن كل ما عليها ملك للإنسن أخذًا من قوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ ^(١) وقوله تعالى : ﴿ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا ﴾ ^(٢) وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء والعلماء .

وقد اختلفت نظم الميراث بين البشر حسب الظروف الاجتماعية والطبيعية والدينية التى مرت بهم حتى استقرت على الصورة المثلى التى جاء بها الإسلام على يد محمد بن عبد الله عليه الصلاة والسلام .

المبحث الثالث

الميراث عند قدماء الرومان واليونان

كان نظام الميراث عندهم عبارة عن استخلاف من يراه الميت ممن تحقق فيه القوة والصلاحية للقيام بما يطلب من حقوق وواجبات يراها المستخلف وأهمها القدرة على القتال وحماية الأهل والديار عند الإغارة من الأعداء سواء كان هذا الشخص من أقرباء الميت أو من غير قرابته، وبهذا الاستخلاف الإرادى يتقل كل شئ إلى الوارث من حين الوصية وتنقل إليه الرئاسة على الأولاد والأسرة والزوجة، ولو فى حياته .

ونظراً لصعوبة هذا النظام فقد عدل إلى نظام يضمن للمستخلف بقاء الأموال يتصرف فيها فى حياته، وذلك بكتابة وصية تضاف إلى ما بعد مماته لمن سيكون خليفته بعد مماته . ثم عدل هذا النظام إلى قاعدة القرابة فى الميراث وذلك قبل الإسلام بسنين قليلة حيث أصدر الإمبراطور غسطنيانوس فى سنة ٥٤٣ - ٥٤٧م

(١) الآية رقم ٢٩ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٦١ من سورة هود .

أوامره باتخاذ القرابة قاعدة للميراث فانهصر إرث الميت فى فروعہ ثم أصوله ثم الأخوة الأشقاء ونسلهم ثم الأخوات الشقيقات ونسلهم ثم الأخوة من الأب ونسلهم ثم الأخوات من الأب ونسلهم ثم الأخوة من الأم ونسلهم ثم الأخوات من الأم ونسلهم فإن لم يكن أحد من ورثته من أهل القرابة فلمن يوصى به فإذا لم يوجد فللدولة .

وكانت كل طبقة يرث ذكورها وإناثها بالتساوى ولا يحجب الأقرب من الفروع الأبعد منهم بل يأخذ الأبعد ما كان يستحقه أصله الذى يدل على الميت .
وأما الأصول فكان يحجب الأقرب منهم الأبعد كما كان يحجب الشقيق غير الشقيق .

وإذا لم يترك الميت أصولاً ولا فروعاً ولا أخوة ولا أولاد أخوة يرثه قريبه البعيد وذلك بقدر عدد الرؤوس أى بالتساوى مع مراعاة درجة القرابة فالأعمام يقدمون على أبناء الأعمام وهكذا .

فإذا لم يوجد قرابة بعيدة كانت تركته لبيت المال . ولم يكن للزوجة نصيب فى ميراث زوجها ، وكذلك هو لا يرثها لعدم انطباق قاعدة القرابة عليهما^(١) .

الميراث عن قدماء اليونان

كان يتم الميراث عندهم بوصية إمام الجمعية المالية وكانت تحتاج إلى قضاء للحكم بصحتها عند تنازع الموصى ومن ينازعه منها وبمقتضى هذه الوصية يصير الموصى بعد موت الموصى رئيساً على العائلة يتصرف فى أموالها وأفرادها كيف يشاء^(٢) .

(١) الميراث المقارن ٤ ، ٥ .

(٢) الميراث المقارن ص ٥ ، والمقارنات والمقابلات لمحمد حافظ من ٢٣٤ وما بعدها .

المبحث الرابع

الميراث عند الأمم الشرقية القديمة

المراد بالأمم الشرقية القديمة الأمم التي سكنت الشرق بعد الطوفان إلى انقراض دولة اليهود وحلول الرومان محلهم وهم الطورانيون والكلدان والآرام والسريان والشاميون والعرب والفينيقيون وغيرهم .

وكان نظام الميراث عندهم أن يحل البكر من الأولاد محل أبيه بلا وصية في كل شيء وفي حال عدم وجود البكر يقوم مقامه أرشد الذكور من الأولاد أو الأخوة عند عدم الأولاد ثم أرشد الأعمام ثم من بعدهم إلى أن يدخل الأصهار وأهل العشيرة . وكانوا يحرمون النساء والأطفال من الميراث^(١) .

المبحث الخامس

الميراث عند قدماء المصريين

في الأصل كانت الأرض كلها ملكًا للفراغة ولم يملك الأهالي إلا في زمن الملك بخوريس من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين والتي ملكت مصر سنة ٧٢١ قبل الميلاد أي سنة ١٣٤٣ قبل الهجرة .

وكانت طريقة الميراث عندهم حلول أرشد الأسرة محل المتوفى في زراعة الأرض والانتفاع بها فقط دون ملكيتها حيث تكون الأرض ملكًا للعائلة أو الدولة . ولم يميزوا بين الأرشد في التقسيم وبين أخوته بل الجميع سواء الذكر كالأُنثى ، وهم جميعًا شركاء في المال شركة معاوضة يديرها أرشدهم . وللأرشد

(١) الميراث المقارن ص ٦ .

مقابل من المال بسبب الإدارة بتنازل اختياري من صاحب الحق . وقد ورت هذا النظام الزوجة والأم والأخوة والأخوات والأعمام والعلمات والأخوال والخالات وعلى حلول أولاد الابن المتوفى قبل والده محل أبيهم فى ميراث جدهم ولكن لم يعرف مقدار ما يرثونه على وجه التحديد^(١) .

المبحث السادس

الميراث عند قدماء اليهود

كان يرث الميت عندهم ابنة الذكر سواء كان من نكاح صحيح أو غير صحيح فإن تعدد الولد الذكر كان للبكر نصيب اثنين وللبنات النفقة والتربية فقط حتى تبلغ الثانية عشرة من عمرها فإذا لم يوجد للميت أبناء فميراثه لابن ابنة فإذا لم يكن فلبنته فإذا لم تكن فلاولاد بنته فإذا لم يكن له أولاد ابن ولا أولاد بنت فللذكر من أولادهم أبناء الأبناء أولا ثم أولاد البنات ثانيا فإن لم يوجد منهم أحد يورث بنات الأولاد ثم بنات البنات . فإذا لم يوجد للميت فروع يكون ميراثه كله لأبيه فإن لم يكن فلجده ثم لأصوله من أبيه فإن عدموا فلذى قرابته الفرعية الأعمام ثم أبنائهم ويقدم الدرجة الأولى على الثانية حتى الدرجة الخامسة ثم تتساوى الدرجات ويرث الكل سواء .

فإذا لم يكن له أحد من قرابته يمتلك المال أسبق الناس إلى حياته ويصير وديعة عنده لمدة ثلاث سنوات فإذا لم يظهر وارث من قرابته كان ملكا خالصا له .
وليس لمن يرتد ميراث من أقاربه اليهود ومن يضرب أباه أو أمه ضربا مدميا لا يرث من والديه ولا من أقاربه^(٢) .

(١) الميراث المقارن ص ٧ .

(٢) نفس المرجع .

المبحث السابع

الميراث عند العرب قبل الإسلام

نظراً لأن العرب كانت من الأمم الشرقية القديمة التي كانت تهوى الانتقال والترحال والغزوات والحروب والقتال فقد طبقت نظمهم في الميراث في أغلب الأحوال حيث كانوا لا يورثون إلا من قوى على النزال والقتال ولهذا حرموا النساء والأطفال والصغار من الميراث وكان بعضهم يرث نساء الميت حيث يعتبر نفسه خليفة عنه في كل شيء.

وكانت أسباب الميراث عندهم ثلاثة: القرابة، والمخالفة، والتبني. بشرط الذكورة في الثلاثة والقدرة على حماية الأهل والعشيرة.

المخالفة:

وكانت المخالفة تتم بالتعاقد حيث كان الرجل يقول للآخر دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك وتطلب بي وأطلب بك ويقبل الآخر ذلك. وبمقتضى هذا العقد يرث كل منهما الآخر فمن مات منهما أولاً ورثه الآخر وإلى هذا يشير قوله تعالى: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيهِمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيداً﴾^(١) ، وقد نسخ ذلك في الإسلام عند جمهور الفقهاء^(٢).

(١) الآية ٣٣ من سورة النساء.

(٢) الميراث المقارن ص ٨ ، ٩.

التبني :

وأما التبني فكان نظاماً مشروعا عند العرب حيث ينسب الرجل الرجل إلى نفسه ونسبه لو كبيراً ويعامل معاملة أبنائه من النسب ويرثه وحده إن كان أكبر الأبناء وأقواهم على النزال والقتال ولم تكن في ذلك غضاضة عند العرب نظراً لأنه كان يحمي العشيرة. وقد أقر النبي ﷺ ذلك في أول الإسلام فقد أعتق ﷺ زيداً بن حارثة مولاه ثم تبناه وتبنى أبو حذيفة ابن عتبة من الصحابة سالماً. واستمر ذلك فترة في صدر الإسلام ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾^(١) ، ويقول تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(٢).

ولهذا أمر الله سبحانه وتعالى نبيه بأن يتزوج بامرأة زيد ابنه من التبني بعد طلاقها وانتهاء عدتها حتى لا يكون على المؤمنين حرج بعد فعل النبي ﷺ وفي هذا ورد قول الله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾^(٣).

(١) الآية رقم ٥ من سورة الأحزاب.

(٢) الآية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٣) الآية ٢٧ من سورة الأحزاب.

المبحث الثامن

نظام التوريث في الإسلام

كانت الهجرة من مكة إلى المدينة في أول الإسلام سببا من أسباب الميراث كما في التبني وكانت الهجرة سببا من أسباب التآخي الذي قام به النبي ﷺ بين المهاجرين والأنصار حتى صارت أخوة الإسلام كأخوة الدم فكان المهاجر إذا مات ولم يكن له من يرثه من أقربائه المهاجرين معه ورثه أخوه من الأنصار بالمؤاخاة ولو كان له قريب بمكة أو غيرها لم يهاجر ولو كان مؤمنا بمكة . وإلى هذا يشير قوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾ (١) .

وقد روى عن ابن عباس والحسن ومجاهد وقتادة أن المراد بالولاية في الآية الورثة (٢) .

ولما استقر الإسلام في قلوب العرب أبطل كل ما كان عليه الحال من نظم الميراث التي كانت تقوم على غير العدالة والمساواة وأبطل كل النظم التي كانت قائمة على التبني والمناصرة وقصرها على القرابة فقط وذلك بعدة آيات بينت وحددت نظام الميراث تحديدا دقيقا لا يجوز تعديله بأي حال في أي وقت أو زمان ومنها :

قوله تعالى : ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ (٣) .

(١) الآية ٧٢ من سورة الأنفال .

(٢) الميراث المقارن ١١ .

(٣) الآية ٧ من سورة النساء .

وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ﴾ (١).
وقد روى عن قتادة وابن زيد أنها نزلت في إبطال ما كان عليه الجاهلية من
عدم توريث النساء والصغار وبهذه الآيات تم إشراك الأطفال والنساء في الميراث
لأن المراد بالرجال الذكور مطلقاً وبالنساء الإناث مطلقاً.
وقد أكد القرآن ذلك بالآيتين رقم ١١ ، ١٢ من سورة النساء التي فصلت
أمر هذا الميراث.

كما أبطل الإسلام الميراث بالعقد والمخالفة عند الجمهور بقوله تعالى:
﴿أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ
عَلِيمٌ﴾ (٢)، وبقوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ
الْأُنثَىٰ﴾ إلى قوله تعالى: تلك حدود الله فلا تعتدوها (٣).

ومذهب الأحناف أن الميراث بالمخالفة لم ينسخ والذي ورد في قوله تعالى:
﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيهِمْ﴾ ولكنه في الترتيب مؤخر إلى ما بعد
أصحاب الفروض النسبية والعصية وذوى الأرحام من جميع الأقارب ولكن قبل
بيت المال (٤).

كما أبطل الإسلام الميراث بالتبني والدعوة بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ
أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ *
ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَيَاخُورَانَكُمْ فِي الدِّينِ
وَمَوَالِكُمْ﴾ (٥).

(١) الآيتين ١١ ، ١٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٣) الآيتين ١١ ، ١٢ من سورة النساء.

(٤) الميراث المقارن ص ١١ وما بعدها.

(٥) الآيتين ٤ ، ٥ من سورة الأحزاب.

وقد أبطل الميراث بسبب الهجرة والمؤاخاة بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أُولِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا﴾^(١). ويقول تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(٢).

التدرج في نظام الميراث في الإسلام :

جاء الإسلام بنظام بديع في الميراث تقبله النفوس البشرية ويتفق مع فطرتها في الملك والحب والإيثار والمناصرة والقوة.

فأولاً : جعل أمر الميراث مفوضاً إلى من حضرته الوفاة بمقتضى العقد الاختياري والوصية حسب النظام الذي كانوا يعملون به من قبل ولكنه جعل ذلك في الأقربين فقط بعد أن كان فيهم وفي غيرهم بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٣)، ومنع سبحانه من تبديل ذلك ومخالفته بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٤).

وقد ترك مقدار النصيب للوارث لإرادة المورث يحدده كيف شاء يشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(٥).

(١) الآية ٦ من سورة الأحزاب.

(٢) الآية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٣) الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٤) الآيتين ١٨١ ، ١٨٢ من سورة البقرة.

(٥) الآية ٧ من سورة النساء.

وبعد هذا الإجمال فصل الله الميراث وبينه وحدده، حسبما بينه الله تعالى في الآيات ١١، ١٢، ١٧٦ من سورة النساء حيث لم يترك في مجال التقسيم والتحديد والترتيب الأمر لإرادة المورث كما كان في أول الإسلام بل جعله لإرادته سبحانه واختياره بما يحقق العدالة للجميع ويحقق الغرض المنشود من الميراث ونظامه وغايته بالنسبة للمورث والمورث والمجتمع على حد سواء.

وبهذا تحققت في نظم الميراث في الإسلام كل الميزات التي نشدتها جميع النظم التي سبقتة وبعد عن كل السوالب والعيوب والمآخذ التي وجدت فيها أو عملت بها. وأصبح الميراث في الإسلام يقوم على أسباب ثلاثة هي:

١ - القرابة.

٢ - الزوجية.

٣ - الولاء.

وزاد الشافعية سبباً رابعاً وهو الإسلام.

وإنما اعتبر الإسلام هذه الأمور فقط أسباباً للميراث لأن الميراث خلافة عن الميت والخلافة لا تكون إلا لمن يحفظ مجده وحسبه ويكون ذكره الباقي بعده وهذا يتحقق في الفروع وهم أبناؤه وأبناء أبنائه مهما نزلوا، أو لمن كان يناصره ويشاركه في سرائه وضرائه ويود له الخير ويرجوه له دائماً ويؤثره على نفسه وهذا يتحقق في الأصول وهم الآباء والأجداد والأمهات والجندات. أو لمن كان يشاركه في سرائه وضرائه كأهل مراتبه وذوى رحمه وهم الحواشي من جهة الأب والأم وذوى الأرحام وقد ورث الإسلام الجميع مع الاختلاف في الأنصبة والتقديم في درجة القرابة حسب قوتها وضعفها. كما جعل الميراث لمن أجرى الله الخير على يديه في الحرية كمولى العتاقة طبقاً لقاعدة الغنم بالغرم، أو لمن كان بينه وبينه معاونة وصداقة وإيثار كمولى الموالاة.

فإن لم يوجد أحد من ذلك كانت التركة لبسيت المال وبهذا يتحقق الخير لكل النساء^(١).

عدالة التوريث في الإسلام:

إن نظام التوريث في الإسلام أعدل النظم وأحكمها للملكية الفردية التي لا حيف فيها ولا استبداد. فهو نظام وسط بين النظرية التي لا تجعل الإنسان ملكاً إلا فيما يحصله بكدّه، وعمله الشخصى فلا يبيح له الميراث، وبين النظرية التي تجعل الإنسان يستبد بأمواله بعد مماته، كما كان يستبد بها في حياته حيث يحقق له أن يوصى بكل ماله لم يشاء ولو لأجنبى عنه مع وجود القريب منه ولو كان فرعه أو أصله.

وإنما كان نظاماً وسطاً بين هاتين النظريتين لأن الإسلام ملك الوارث بالميراث ما لم يكسبه بجدّه وكسبه ولكن لقوة صلته بالمورث وقربه منه، ومنع المورث من الاستبداد بجميع أمواله لأنه جعل الخلافة عنه في ثلثي أمواله إجبارية تستقل ملكيته بمجرد وفاته إلى وارثه بل تبطل كل تصرفاته في مرض موته فيما زاد عن الثلث في الباقي بعد كل ما يتعلق بأمر معيشته ومن تلزمه نفقته المعتادة في حياته وصحته ومن يلزم لمصاريف مرضه، ولم يطلق يده في ماله إلا في مقدار الثلث حيث جعله الله له صدقة بعد مماته يتصرف فيه كيف يشاء في حياته يضعه كيف شاء بعد مماته تعويضاً له عما قد يكون فاتته من صالح الأعمال في حياته وليكون ذخيرة له في ميزان حسناته.

(١) راجع في تفصيل عدالة التوريث في الإسلام: الميراث المقارن ١٥ - ١٧.

وقد حرص الإسلام فى نظام توريثه على الاستقرار وقطع مادة النزاع بين الناس حيث وضح فيه جميع الحقوق المتعلقة بالتركة فبين أسباب الميراث وشروطه وموانعه وكيفية تقسيم التركة تقسيماً عادلاً بما لا ظلم فيه ولا حيف .

وقد ثبت أكثر أحكام الميراث والوصية بالكتاب، وبعضها ثبت بالسنة كسهم بنت الابن مع البنت الواحدة وهو السدس وثبت البعض الآخر بالإجماع كسهم النصف لبنت الابن إذا انفردت باعتبارها كبنت الميت الصلبية، وثبت البعض الآخر بالاجتهاد كسهم الأم مع الأب وأحد الزوجين وهو ثلث الباقي حتى لا تأخذ الأم من التركة أكثر من الأب مع أن للذكر مثل حظ الأنثيين عند المساواة فى درجة القرابة من الميت^(١).

وأن ما يولدوا من زيادة بعض الوارثين على بعض فى الأنصبة والسهم لا ينافى العدالة ولا يجافئها، لأن الزيادة حسب الحاجة وتكاليف الحياة فكلما كانت الحاجة أشد كان النصيب أكثر، ومن هنا كان نصيب الأولاد أكثر من نصيب الأبوين لأن الأولاد فى الغالب يكونون ضعافاً يحتاجون إلى كثرة الإنفاق فى التربية والتعليم والزواج وغير ذلك من تكاليف الحياة التى يستقبلونها فى حياتهم .

وكان نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى لأنه يتفق على نفسه وعلى زوجه وأولاده ومن تلزمه نفقتهم من قرياء وذوى رحمه، وأما الأنثى فهى تنفق على نفسها فقط قبل الزواج ويتفق عليها زوجها بعد الزواج بل يأتيها مال الصداق وهدايا الزواج لتضاف إلى مالها الذى ورثته فلهذا كان له سهمان ولها سهم واحد، فأصبح من العدالة أن يكون التقسيم فى الميراث على مقدار الحاجة وهذا ما راعاه الشارع الحكيم فى نظام التوريث فى التشريع الإسلامى .

(١) الميراث المقارن ص ٢٠، والبحر الرافى بتصرف ٣٤١/٥.

وليس هناك تشريع سابق أو لاحق لنظام الإسلام وصل فسى عدله مع المرأة كما هو الحال فى النظام الإسلامى فى أمر الميراث وغيره ففى الوقت الذى وصلت فيه المرأة فى النظام الإسلامى إلى درجة الرجل سواء بسواء فى كل ما يتعلق بأمورها المدنية والتجارية وشؤونها الخاصة وعلاقتها بأصولها وفروعها وحواشيها من الناحية الاجتماعية تجدها فى النظم الأخرى القديمة والحديثة مهينة الجناح ذليلة الجانب. فقد كانت المرأة قبل الإسلام عند العرب والعجم ليس لها حق فى ميراث ولا ملكية يتصرف فيها كما يتصرف فى البهيمة والمتاع وكانت تكره على الزواج وعلى البقاء وتورث كالبهائم وكانت بعض الشرائع تبيح للرجل أن يبيع بنته وكانت إذا ملكت بنفسها أو ملكت من غيرها باكتساب أو غيره لا تتصرف فيه بأى نوع من التصرف إلا بإذن ممن له الولاية عليها قبل زواجها وإذن من زوجها بعد زواجها. وكان بعض العرب لا يرى قصاصاً على الرجل فى قتل المرأة بل ولا دية لها وبعضهم كان يسلبها الحق فى الحياة حيث كان الرجل يقتل بنته أو يثدها عند ولادتها أو بعد الولادة خوفاً من العار بسببها. وفى هذا ورد قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ * يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾ (١).

وقد اختلف الرجال فى بعض البلاد بالنسبة للمرأة هل تعد إنساناً ذا روح خالدة كالرجل أم لا، فقرر أحد المجامع فى رومية أنها حيوان نجس لا روح له ولا خلود (٢).

(١) الآيتين ٥٨ ، ٥٩ من سورة النحل.

(٢) الميراث المقارن ص ٢٢.

وبعد خلاف وجدال فى فرنسا قرر الشعب الفرنسى من الرجال أن المرأة إنسان إلا أنها خلقت لخدمة الرجل وذلك فى سنة ٥٨٦م، وكان هذا بعد مولد النبى ﷺ بخمسة عشرة سنة وقبل بعثته إلى الناس برسالة الإسلام التى جاءت بشيراً ونذيراً لكل الناس ورحمة للعالمين. وكان ميلاده ﷺ فى سنة ٥٧١م.

فأبين هذا كله من عدالة الإسلام التى سادت بين الرجل والمرأة فى كل شئون الحياة إلا ما يتعلق بغريزتها وطبيعتها وميولها فقرر لها ما يناسبها وأثبت لها حق الملكية كما أثبت للرجل تماماً وسأوى بينهما فى الاشتراك فى أصل الميراث قال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾^(١). وقال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(٢).

وقد فصل الله نصيب المرأة كما فصل نصيب الرجل وجعله مستقلاً عن نصيب الرجل بل جعله هو الأصل وجعل نصيب الرجل يعرف بالإضافة إلى نصيب المرأة وذلك بتضعيفه فى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٣).

قال الشيخ رشيد رضا: وحكمة جعل نصيب المرأة نصف نصيب الرجل أن الشرع الإسلامى أوجب على الرجل أن ينفق على المرأة فبهذا يكون نصيب المرأة مساوياً لنصيب الرجل تارة وزائداً عليه تارة أخرى باختلاف الأحوال^(٤).

(١) الآية ٣٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٧ من سورة النساء.

(٣) الآية ١١ من سورة النساء.

(٤) نداء الجنس اللطيف ص ١١ والميراث المقارن ص ٢٣.

واستدل الشيخ رشيد رضا على صحة حكمه بقوله: إذا مات رجل عن ولدين ذكر وأنثى وترك لهما ثلاثة آلاف دينار ميراثاً مثلاً، كان للذكر ألفان ولأخته الأنثى ألف. فإذا تزوج هو فإن هو عليه أن يعطى امرأته مهرًا، وأن يعد لها مسكنًا، وأن ينفق عليها من ماله، سواء أكانت فقيرة أم غنية، ففي هذه الحالة تكون الألفان له ولزوجته فيكون نصيبه بالفعل مساويًا لنصيب أخته أو أقل منه، ثم إذا ولد له أولاد يكون عليه نفقتهم وليس على أمهم منها شيء، وفي هذه الحالة يكون ماله الموروث دون مال أخته الموروث أيضًا، فإنها إذا تزوجت كما هو الغالب فإنها تأخذ مهرًا من زوجها وتكون نفقتها عليه فيمكنها أن تستغل ما ورثته من أبيها وتنمية لنفسها وحدها فلو لم يكن للوارثين إلا ما يرثونه من أموالهم لكانت أموال النساء دائمًا أكثر من أموال الرجال إذا اتخذت وسائل الاستغلال وسبب هذا التفصيل الذي روعى من الشارع في جانب المرأة هنا أن المرأة أضعف من الرجل عن الكسب ولها من شواغل الزوجية ما يتصل بها من حمل وولادة، ثم من شواغل الأمومة ما يصرفها عن الكسب الذي تقدر عليه وهو دون ما يقدر عليه الرجل في الغالب، فمن ثم لم يكن فرض نفقة الزوجية والدار والأولاد على الرجل ظلمًا له وتفضيلًا عليه في المعيشة^(١).

ووجه إعطاء المرأة ما تعطى من الميراث أن يكون لها مال تنفق منه على نفسها إذا لم يتح لها الزواج، أو مات زوجها ولم يترك لها ما يقوم بأودها، فالميراث إذا بالنسبة لها هو من قليل المال الاحتياطي لها وللأسرة^(٢).

(١) الميراث المقارن ص ٢٤.

(٢) المرجع السابق بتصرف بسيط.

وبهذا يظهر لنا حكمة الشارع الإسلامى فى نظره إلى الميراث بالنسبة للرجل والمرأة بل وفى كل الأمور لأنهما من جنس واحد، ولا قوام للرجل إلا بالمرأة ولا وجود للمرأة إلا بالرجل، وهذا ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾^(١). ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾^(٣). وقوله ﷺ: «إنما النساء شقائق الرجال»^(٤).

(١) الآية ١٨٩ من سورة الاعراف.

(٢) الآية ٧١ من سورة النحل.

(٣) الآية ٢١ من سورة الروم.

(٤) رواه البخارى ومسلم كما حكاه فى الميراث المقارن ص ٢٥.

القسم الثاني الأموال التي يتحقق بها الميراث

تمهيد :

لا يتحقق الميراث ولا يتم إلا بإجتماع أمور لا بد منها جميعا وهي في مجموعها ثلاثة هي :

١ - وجود أسبابه .

٢ - تحقق شروطه .

٣ - انتفاء موانعه .

أما أسباب الإرث فهي على جهة الإجمال ثلاثة عند جمهور الفقهاء وهي : القرابة ، والزوجية ، والولاء ، وزاد الشافعية سبباً رابعاً وهو الإسلام والمراد به جهة الإسلام .

وأما شروط الميراث فهي إجمالاً ثلاثة : الأول موت المورث ، والثاني تحقق حياة الوارث ، والثالث عدم المانع من الميراث .

وأما موانع الإرث عند الجمهور إجمالاً فهي ثلاثة أيضاً :

الأول : القتل ، والثاني : اختلاف الدين ، والثالث : اختلاف الدارين ، وأما عند الشافعية فهي خمسة : القتل ، والردة ، واختلاف الدين ، واختلاف الدار ، وإيهام وقت الموت .

المبحث الأول أسباب الإرث

تعريف السبب :

السبب في اللغة هو الحبل وكل شيء يتوصل به إلى غيره مادياً كان أو معنوياً^(١).

وأما عند الفقهاء فهو ما يلزم على عدمه العدم وعلى وجوده الوجود لذاته وإن كان لا يترتب على وجوده الوجود دائماً.

وأسباب الإرث كما سبق عند الجمهور ثلاثة هي : قرابة، زواج، وولاء.

السبب الأول : القرابة :

القرابة هي : الصلة النسبية بين المورث والمورث بالولادة وهي أقوى أسباب الميراث لأنها من أصل الوجود ولا تزول وتشمل الفروع والأصول والخواشي وذوي الأرحام.

السبب الثاني : الزوجية :

والزوجية التي تعد سبباً من أسباب الميراث هي ما كانت بعقد نكاح صحيح شرعاً، والزوجية أقوى صلة حيوية اجتماعية، ولذا ورث الإسلام الزوج من زوجته لأنه القوام عليها والكادح لأجلها حال الحياة يدفع عنها ما يضرها ويعمل لكل ما فيه خيرها فأصبح من العدالة أن يكن له نصيب في ميراثها كما كان عليه

(١) مختار الصحاح مادة سبب.

أعباء في حياتها طبقاً للقاعدة الشرعية المعمول بها: الغنم بالغرم، كما ورث الزوجة من زوجها لأنها شريكة حياته وصبرت معه على مرارة العيش وحلاوته وربما تكون قد ساهمت معه بطريق مباشر أو غير مباشر في جمع ثروة زوجها وهى غالباً ما تحملت العنت والمشقة بجواره في سبيل كسب الثروة وتحصيلها فكان من الوفاء والعدالة أن يكون لها نصيب يقيها نوائب الزمان والفقر والحاجة لتبقى محافظة على وده والوفاء له بعد مماته .

السبب الثالث : الولاء :

والولاء نوعان : ولأء عتاقه، وولأء موالاة، فأما ولأء العتاقه فهو ما كان سبب العتق فهو علاقة حكيمة بين المعتق وعتيقه فيسبب الحرية التى منحها السيد لعبده وبها صار سيداً مثله جعل الشارع له مكافأة على ذلك وهو ميراث المعتق العتيق بعد حريره إذا مات العتيق وليس له صاحب فرض ولاعصبة نسبية مقدماً على ذوى الأرحام من أقربائه طبقاً لقاعدة الغنم بالغرم فى الشريعة الإسلامية .

وأما ولأء الموالاة فهو ما كان بسبب الحلف والمعاقدة وهو أمر جاهلى وبقي مدة فى أول أمر الإسلام وإليه يشير قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيحَهُمْ ﴾^(١)، وقد نسخ ذلك بآية الموارث وهذا هو قول جمهور الفقهاء . أما أبو حنيفة فلم يقل بنسخها بل ببقاء حكمها وجعل الميراث بها مؤخرًا على جميع الورثة النسبية والسببية وذوى الأرحام ولكنه مقدم على بيت المال جمعاً للأدلة ويقول الجمهور أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(١) الآية ٣٣ من سورة النساء . وتام الآية : ﴿ وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيحَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيداً ﴾

المبحث الثانى شروط الإرث

الشرط : هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه .

ويشترط لاستحقاق الوارث الميراث من المورث أمور ثلاثة هى : موت المورث ، وتحقيق حياة الوارث ، وعدم المانع .

١ - موت المورث :

موت المورث إما أن يكون موثقاً حقيقياً ويثبت برؤية أو سماع أو شهادة اتصل بها القضاء وبهذا الموت يرث من كان حياً من ورثة المتوفى وقت وفاته بلا خلاف .

وأما أن يكون موت المورث موثقاً حكماً وهو ما يحكم به القاضى مع تيقن حياة من يحكم بموته . أو احتمالها كما فى الحكم بالموت بلحق المرتد بدار الحرب مرتدّاً ، وكما فى الحكم بموت المورث المفقود . وهو النائب الذى انقطع خبره ، فلا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا موته فإنه مع الحكم بموته يجوز أن يكون حياً فى الواقع ونفس الأمر .

وإما أن يكون موت المورث موثقاً تقديرياً كما فى حالة الجنين الذى ينفصل من أمه ميتاً باعتداء عليها أثناء حملها وسمى تقديرياً فى هذه الحالة لأن الشارع قد أوجب على الضارب أو على عاقلته عقوبة مالية تسمى غرة وهى نصف عشر الدية ولم يختلف أحد من الفقهاء فى وجوبها^(١) .

(١) الميراث المقارن ص ٢٦ ، ٢٧ .

وقد أشار إلى هذا الشرط وهو تحقق موت المورث قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م في مادته رقم ١ ونصها: «يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي».

موت المرد عند الفقهاء حكماً :

إذا ارتد شخص مسلم والعياذ بالله عن دين الإسلام طوعاً ولحق بدار الحرب على رده وحكم القاضي بلحقه وردته فقد اختلف الفقهاء في ذلك هل يعتبر موتاً حكماً أم لا على أربعة أقوال^(١):

الأول : يعتبر ميتاً حكماً في زوال أملاكه وصرف أمواله إلى من تصرف إليه إذا مات بحيث يصير ما اكتسبه حال إسلامه لورثته المسلمين وما اكتسبه حال رده سواء كان قبل اللحاق بدار الحرب أو بعده يوضع في بيت المال، لأنه بالحكم بلحقه يصير حريياً حقيقة أو حكماً، والحربي في دار الحرب كالميت في حق المسلمين^(٢).

وإنما وژئنا منه ورثته المسلمين فيما اكتسبه حال إسلامه لأنه برده والحكم بلحقه اعتبر ميتاً حكماً فتوفر سبب الإرث وشرطه وهو موت المورث وتحقق حياة الوارث أما ما اكتسبه بعد رده فيعتبر في حقه كالميت أو كالرقيق الذي لا ذمة له والميت لا يملك وكذا الرقيق، ولما كان لا ولاية لهم عليه ولا ذمة صبار المال لا صاحب له فيكون لبيت المال لأنه وارث من لا وارث له.

(١) الميراث المقارن ص ٢٨.

(٢) المرجع السابق ص ٢٨

الثاني : يحكم بموته وتقسم تركته بين ورثته المسلمين سواء ما اكتسبه قبل إسلامه أو بعد رده ولخوقه في دار الإسلام أم في دار الحرب وهذا يتفق مع القول الأول في اعتبار اللحق بدار الحرب بعد الردة والحكم باللحاق مسوت حكماً ويختلف معه في عدم التفريق بين ما اكتسبه قبل الردة أو بعدها في دار الإسلام أو في دار الحرب حيث يرث ورثته المسلمين كل ما تركه من مال. وهذا مذهب الزيدية والقاسمية^(١) وأبو يوسف ومحمد^(٢).

والثالث : يقول بأن لحوق المرتد بدار الحرب ليس كسموته في حق ماله وبذلك يبقى ماله موقوفاً كما كان قبل لحاقه، لأن في ذهابه إلى دار الحرب نوع غيبة فلا يتغير حكم ماله كما في غيبته في دار الإسلام، وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم^(٣).

الرابع : وهو للإمامية : أن الحكم بلحقه لا يعتبر حكماً بموته وذلك لتحقق حياته ولاحتمال رجوعه إلى الإسلام ولأن الأصل بقاء الملك على مالكه ما زال حياً ولا دليل على قسمة أمواله بارتداده^(٤).

وقد رجح صاحب الميراث المقارن قول من قال بأن الحكم بلحقه موت حكماً لأن المرتد استحق الموت الحقيقي برده عند جميع الفقهاء ويخير بين التوبة أو القتل وأنه يقتل كفراً ويهدر دمه إذا لم يتب لظهور إصراره بعدم توبته وقد تأكد ذلك الإصرار بالهرب من دار الإسلام واللحاق بدار الحرب، بل يستحق القتل فور

(١) القاسمية هم أتباع الإمام القاسم بن إبراهيم الرسي الحسني ولد سنة ١٧٠ هـ وتوفي بالرس سنة ٢٤٤ هـ.

(٢) البحر الزخار ٤٢٧/٥، والميراث المقارن ص ٢٨.

(٣) الشرح الكبير كتاب الوارث، والمغنى ٢٩٨/٦، ومغنى المحتاج ٢٤/٣، والوسيط في الميراث للمؤلف ص ٦٧.

(٤) حكاة عنهم في الميراث المقارن ص ٢٨.

ردته عن الإمامية بغير توبة إذا كان أبواه أو أحدهما عند الحمل به على دين الإسلام.

ويقال للإمامية: إن عدم وجود الدليل عندكم على قسمة أموال المرتد اللاحق لا ينفي وجوده، على أنه لا يلزم من عدم الدليل على قسمة أمواله بقاؤها على ملكه بالاستصحاب لأنه قام الدليل على خلافه وهو أنها فيء للمسلمين، فقد روى عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: «ميراث المرتد في بيت مال المسلمين»^(١). ولم يفصل وأخذ به ابن حزم ولم يفصل فقال: فكل ما ظفر به من ماله فليبت مال المسلمين رجع إلى الإسلام أو مات مرتدًا أو قتل مرتدًا أو لحق بدار الحرب^(٢). وقد روى عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ قال: «لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر» وقال هذا عموم لا يجوز أن يخص منه شيء^(٣) ثم قال ابن حزم: برهاننا على ذلك أن ما ظفر به من ماله فهو مال كافر لا ذمة له وقد قال تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾^(٤) ولا يحرم مال الكافر إلا بالذمة وهذا لا ذمة له.

ويقال لمالك والشافعي وأحمد رضى الله عنهم: قيامكم الغيبة في اللحاق على الغيبة في دار الإسلام قياس مع الفارق، لأن الغيبة في دار السلام لا ضرر فيها أو فيها ضرر يحتمل ويمكن الاحتراز عنه بخلاف الغيبة في دار الحرب بعد اللحاق بالجسامة ما فيها وخطورتها على المسلمين من المرتد نفسه ومن الكفار الذين لحق بهم فهو أشد خطورة علينا منهم لمعرفته بمواطن ضعف المسلمين في حصونهم

(١) المحلى ٣٠٥/٩ طبعة منير.

(٢) المحلى ص ٣٠٤.

(٣) المرجع السابق ص ٣٠٧.

(٤) الآية ٢٧ من سورة الأحزاب.

وثغورهم وإصراره وعناده على الكفر بعد الحكم باللحاق وعدم توبته فإذا كان الله قد أحل للمسلمين أموال الكفار المحاربين فينا إذا وصلوا إليها بدون قتال فمن باب أولى هذا المرتد المحارب لزيادة الكفر فيه وتأصيلها وعدم إقراره عليها بأي حال من الأحوال فكيف تكون غيبته بدار الحرب كغيبته بدار الإسلام إنه قياس مع الفارق .

ويقال للإمامية ولهم أيضاً: كيف يبقى مال المرتد اللاحق موقوفًا ولو طال به الأجل مستمراً على عناده وكفره وخطره على الإسلام والمسلمين ووزعرة الدعوة إلى دين الإسلام من غير المسلمين وبقاء ماله موقوفًا قد يكون سبباً لاستمرار رذته وعناده في الحكم بزوال ملكه عنه بمجرد الحكم باعتباره ميتاً حكماً في نظر المسلمين درءاً لزوال الملك عن نفسه إذا عرفه قبل الردة فقد لا يرتد وكذا درء المال غيره من ضعاف النفوس ممن يفكرون في الردة واللاحق بدار العدو الحربى .

هذا بالنسبة لموته حكماً . أما بالنسبة لميراثه فلا خلاف بين الفقهاء على أنه لا يرث من المسلم بحال لحديث «لا يرث الكافر المسلم» . أما إرث غيره منه ففيه خلاف يذكر في محله عند الكلام عن التوارث بين المسلم وغير المسلم وذلك لأن المرتد كافر وإن كان لا يقر على كفره بحال .

ورأى الجمهور في إرث المسلم من الكافر أنه كإرث الكافر من المسلم لحديث: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» وهو ما رواه أسامة بن زيد عن النبي ﷺ وهو مستفق عليه . وبحديث: «لا يتوارث أهل ملتين»^(١) . ويرأى الجمهور أخذ قانن الموارث حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة: «لا توارث بين مسلم وغير مسلم» وهذا يشمل المرتد .

(١) المغنى ٦٦/٧، وحاشية الفتاوى على شرح السيد على السراجية ص ٧٤، والميراث المقارن ص ٥٤ .

وبهذا يترجح لنا قول مالك والشافعي وأحمد رضى الله عنهم فى اعتبار ماله موقوفًا للمسلمين الحين موته حقيقة حيث يصير بعد موته فيثًا لبيت مال المسلمين. لأن القول بتوريثه يعارض الحديث الصحيح على اعتبار الحكم بموته تقديرًا ومخالفًا لشرط من شروط الميراث المتفق عليه بالإجماع وهو تحقق موت المورث وحياة الوارث وتحقق حياة المورث قائمة مع الحكم بموته ولا ميراث مع الحياة فى الأصل فيجب المصير إليه والله أعلم.

ميراث المفقود:

المفقود هو الغائب الذى انقطع خبره، فلا يدري مكانه، ولا تعلم حياته ولا موته وهذا لا يتصور إلا إذا كان بأمارات لا تصلح أن تكون حجة قاطعة فى الإثبات حقيقة أو ظنًا كما فى البينة على الغيبة المنقطعة التى يحتمل معها الموت والحياة، أما البينة وهى شهادة العدول المزكاة التى حكم القاضى بها على الموت كما إذا شهد العدول بموته بواسطة الرؤية أو السماع المتواتر بين الناس فإنها تكون بينة على الموت الحقيقى ويكون موته بحكم القاضى بها موتًا حقيقيًا يثبت من الوقت الذى أثبتته الحجة لأنه يثبت بشهادة اتصل بها القضاء وهو بهذا لا يسمى مفقودًا ولا خلاف فى صحة الحكم بموته ولا فى ميراثه.

المدة التى يحكم بها يموت الغائب ورأى الفقهاء فيها:

اختلف الفقهاء فى المدة التى يحكم بها القاضى بموت الغائب على أربعة أقوال:

الأول: يحكم بموته إذا لم يبق أحد من أقرانه فى بلده لا فى جميع البلدان لأن الأعمار تختلف باختلاف الأقاليم ولأن اعتبار جميع الأقران فى جميع البلدان غير ممكن عادة وفيه حرج شديد على الناس والخرج مدفوع بقوله

تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١). ولا حد بالسنين على المعتمد عند أصحاب هذا الرأي وقيل مائة سنة لأنه الغالب عادة وقيل تسعون لأن الزيادة عليها نادرة والأحكام الشرعية تناط بالأعم الأغلب وإلى هذا ذهب الحنفية^(٢).

القول الثاني: وهو للشافعية في المشهور عندهم وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة والإمامية، وهو اعتبار مدة لا يعيش مثله إليها غالباً وقد مثلوا لها بما دون المائة أي نحو التسعين إن غاب فيها لا يغلب عليه الهلاك كالسفر للتجارة والسياحة ونحوها وهذا هو الراجح عندهم، وفي قول آخر عندهم تقدر المدة بأربع سنين إذا غاب في معسكر يتعلق بقتال وبعشر سنين إن كان غيبته في غير معسكر^(٣).

القول الثالث: وهو للإمام مالك رضى الله عنه أن المدة هي أربع سنين لقول عمر رضى الله عنه: «أما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعند أربعة أشهر وعشراً ثم تحل»^(٤).

القول الرابع: وهو للإمام أحمد: إن كان في غيبة تغلب فيها الهلاك كمن يفقد في ميدان القتال أو بعد الغارات الحربية أو يفقد بين أهله كمن يخرج لصلاة العشاء مثلاً أو لحاجة قريبة ولا يعود ولم يرجع ولا يعلم خبره وليس من عادته التأخر أو الانقطاع فإنه بعد التحري الدقيق يحكم بموته بمضى أربع سنين لأن الغالب هلاكه فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها غالباً. أما إن كان في مدة

(١) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) الميراث المقارن ص ٣١.

(٣) المختصر النافع بتصرف ص ٢٧٥ نقلاً عن الميراث المقارن ص ٣١.

(٤) أخرجه البخاري والشافعي كما في الميراث المقارن ص ٣١. ونظام الموارث للشيخ فياض ص ١٤٧، وشرح السراجية على الرحيبة ص ١٥١.

يغلب فيها السلامة كالسفر للحج أو طلب العلم أو التجارة فإن الأمر مفوض إلى القاضى فى المدة التى يراها بعد التحرى الدقيق للحكم بموته^(١).

والملاحظ من خلال عرض أقوال الفقهاء السابقة أنها تنحصر ما بين مدة محددة ومدة مطلقة والمحددة حصل فيها الخلاف ما بين مائة أو تسعين وهو قول الإمامية والحنفية بشرط ألا يبقى أحد من أقرانه فى بلده أو أمثاله غالباً وما بين أربع سنين وهو قول مالك بدون تفصيل بين ما يغلب فيها الهلاك أم لا وقول أحمد بشرط أن تكون مدة الغيبة يغلب عليها الهلاك.

أما المطلقة فإنها متروكة لاجتهاد القاضى بشرط أن تمضى مدة لا يعيش مثله أكثر من التى يحكم بها القاضى غالباً، وهذا يختلف من حال إلى حال ومن زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان وهذا هو المشهور فى مذهب الشافعية، ورواية عن أبى حنيفة، ومالك.

وهذا هو الذى نخيل إليه فى الاختيار والترجيح للعمل به وهو الذى رجحه السيد فى شرح السراجية حيث قال: «ثم إن الأليق بطريق الفقه أن لا يقدر شيء إذ لا مجال للقياس فى نصب المقادير ولا نص هاهنا»^(٢).

ويجاب عن من قدر بالسنين بأن هذا التقدير تقدير عصر وأوان لا تقدير حجة وبرهان إذ لم يرد بشأنه نص من الشارع. أما ما احتج به مالك من قول عمر فهو أولاً قول صحابى وفى حجته الملزمة خلاف للفقهاء وثانياً على فرض حجته ولزوم العمل به فإنه يحتمل أن يكون قوله هذا بالنظر للزوجة خاصة دفعاً للضرر عنها وهو خشية الفتنة والوقوع فى الهلاك بسببها، كما يكون الطلاق للضرر

(١) المغنى ٢٠٥/٧ مطبعة المنار، والميراث المقارن ص ٣٢.

(٢) الميراث المقارن ص ٣٢ بتصرف.

عنده، وإنما قدرها بأربعة أشهر وعشرًا لاحتمال موته فعلاً وذلك إظهاراً للتأسف عليه، لأنه فارقها دون أن يطلقها، ولهذا وافق الإمام الشافعى رضى الله عنه الإمام مالك فى الحكم يتزوجها فقط دون الحكم بتوريثه لاحتمال حياته ولا ميراث إلا بعد موت حقيقى أو حكمى يغلب عليه الهلاك. والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال^(١). فيرجع إلى الأصل والأصل فى الغائب فيما لا يغلب عليه الهلاك حياته فيجب الوقوف عند هذا الأصل ويرجع إلى تقدير الحاكم فى ذلك وهذه القاعدة لا خلاف فيها عند الفقهاء كما قال ابن قدامة^(٢).

مأخذ قانون المواريث :

وقد أخذ قانون المواريث فى المادة ٢١ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٩م بقول الإمام أحمد فيما إذا كان المفقود فى حالة يغلب معها الهلاك فقدر المدة بأربع سنين، وأخذ فى باقى الأحوال بقوله ويقول الإمام أبى حنيفة والمشهور عند الشافعية ومالك فى تفويض ذلك إلى القاضى حسب الشروط والضوابط التى وضعوها فى ذلك بالنسبة للغة العادية المنقطعة التى يغلب فيها الهلاك مع مراعاة أمثاله وأقرانه فى مثل حاله.

وقد جاء نص المادة المشار إليها على النحو التالى:

«يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدّه وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى. وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًّا أو ميتًا».

(١) المغنى بتصرف ٢٠٧/٧.

(٢) الميراث المقارن ص ٣٤ وما بعدها. والمرجع السابق.

آراء الفقهاء فى ميراث المفقود:

ميراث المفقود يتعلق به حالان: الأول: إرث غيره منه، والثانى: إرثه هو من غيره.

أما الحال الأول: فحكمه باتفاق الفقهاء أن يوقف ماله كله على ملكه إلى أن يتحقق موته، أو أن يحكم القاضى بموته اجتهاداً حسب التفصيل السابق بالنسبة لهذا الحكم والمدة التى يحكم بموته فيها، ولا يقسم المال بين ورثته إلا بالموت حقيقة أو حكماً، لأن شرط الميراث موت المورث حقيقة أو حكماً، وموت المفقود غير محقق، ولأن فى تقسيم ماله بمجرد فقده، مع احتمال حياته ضرراً به والضرر مدفوع مطلقاً لأنه لا ضرر ولا ضرار فى الشريعة الإسلامية، فيدفع عن المفقود الضرر هنا باعتباره حياً فى حق مال نفسه استصحاباً للحال، لأن الاستصحاب هو بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه وهو حجة عند الحنفية فى بقاء الثابت لا فى إثبات ما لم يكن، وعلى هذا إن ظهر المفقود حياً أخذ ماله، وإن تحقق موته، أو حكم القاضى بموته فيرثه من كان وارثاً له وقت تحقق الموت أو وقت الموت بالحكم دون من مات قبل ذلك أو حدث إرثه بعد ذلك بزوال مانع عنه بنحو إسلام بالنسبة لمن كان كافراً^(١).

وأما الحال الثانى: وهو إرثه من غيره ففيه خلاف للفقهاء:

بعضهم قال يوقف له نصيبه من مال مورثه حتى يتضح أمره وبهذا قال الحنفية والمالكية من أئمة المذاهب وعلى بن أبى طالب من الصحابة وهو قول للإمامية. وهو مذهب الزيدية^(٢).

(١) الميراث المقارن ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) الميراث المقارن ص ٣٥، والبحر الزخار ٣٦٤/٥.

وبعضهم قال يوقف للمفقود نصيبه فإن بان حيًّا أخذه وإن علم أنه مات بعد مورثه دفع نصيبه الموقوف له مع ماله إلى من يرثه بعد موته وإن علم أنه مات قبل مورثه رد المال الموقوف له إلى ورثة الأول الذين شاركهم فى الإرث فيما وقف له، وكذلك يرد المال الموقوف إذا مضت المدة ولم يعلم خبره ولم يحكم القاضى بموته أو علم مسوته ولم يعلم متى مات لأنه مشكوك فى حياته حين موت مورثه ولا ميراث مع الشك وبهذا قال الحنابلة^(١).

وقال بعضهم: إن المفقود يرث من يموت من مورثيه حال فقدته قبل الحكم بموته لأن حياته كانت ثابتة، والأصل بقاء ما كان على ما كان عليه وحيث أن الأصل حياته قبل فقدته وعندها وثبوتها بلا خلاف فإنه يرث وتثبت له حقوق الأحياء فعند هذا البعض يكون الاستصحاب حجة فى بقاء الثابت وفى ثبوت ما لم يكن فهو حجة فى الإثبات والدفع معاً وبهذا قال الشافعية والحنابلة فى قول آخر والإمامية فى قول^(٢).

وعند الحنفية والمالكية إذا ظهر المفقود حيًّا بعد الحكم بموته فإن كان قبل تقسيم ماله أو نصيبه الموقوف له من ميراث غيره فيأخذ ماله ونصيبه الذى وقف له، وإن كان بعد التقسيم فيأخذ ما بقى بأيدى ورثته من ماله الذى ورثوه منه كما يأخذ ما بقى بأيدى ورثة مورثه من نصيبه الذى كان موقوفاً لأجله ورد إليهم، ولا حق له فى المطالبة بما استهلك، أو خرج من يد كل الفريقين، ولا ضمان عليهم لأنهم اقتسموه بحكم شرعى ثابت بحكم قضائى محترم، ولا يظهر بطلانه إلا فى حق ما بقى بأيديهم، ولأن فى تضمين الورثة ما استهلكوه أو خرج من أيديهم

(١) المغنى بتصرف ٢٠٦/٧، والمرجع السابق ص ٣٦.

(٢) المراجع السابقة، شرح الشنورى على الرحية ص ١٥٠، والميراث عند الجعفرية للشيخ أبى زهرة ص ٦٠، ٦١ نقلاً عن الميراث المقارن.

إضراراً بهم وبمن تلقى الملك عنهم ولا يصح أن ينالهم أو من تلقى عنهم ضرر بتصرفهم بناء على حكم شرعى صحيح لأن مقتضى الحكم الشرعى هو الإذن بالتصرف ولا ضمان بهذا الإذن قضاءً وشرعاً^(١).

ولا تثار هذه القضية عند الشافعية والحنفية فى قولهم الموافق للشافعية نظراً لأنهم يورثون المفقود ممن يرثه بمجرد فقده بناء على أصلهم من استصحاب الأصل بالنسبة للإثبات والدفع معاً بخلاف الحنفية والمالكية ومن وافقهم الذين لا يورثون المفقود ممن يرثه الذى مات فى غيبته فى الحال نظراً لأن حياته عند ميراثه مشكوك فيها وشرط الميراث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث ولم تتحقق الحياة هنا لاحتمال موته فاعتبر فى حق الورثة ميتاً لهذا الاحتمال ولكن نظراً لاحتمال حياته وقف له نصيبه الذى يرثه حين تحقق حياته أو موته أو الحكم بالموت منعاً لضرر أحدهما، وذلك لأن الاستصحاب عند الحنفية حجة فى الدفع لا فى الإثبات فهى عندهم حجة قاصرة.

ونحن نرى أن ما ذهب إليه الشافعية هو الموافق للحق والصواب لأن تحقق حياة الغائب قبل غيبته لا خلاف عليها وكذا عند غيبته وبعدها استصحاباً لما قبلها لأنه لا دليل على نفى هذا الأصل والشك لا يرفع اليقين فلا يزول به فيبقى الأصل على أصله وبهذا تتحقق المصلحة للجميع ولا يضيع مال على صاحبه فلو ظهر حياً أخذه وإن ظهر ميتاً رجع إلى ورثة من ورثه وبهذا يسدفع الضرر الذى يمكن ظهوره على قول الحنفية بالنسبة للوقف قبل الحكم بالموت وإن كنا نرى أن الخلاف بينهما شكلى بالنسبة للوقف لأن الشافعية، وإن قالوا بالميراث إلا أنهم يوقفون له نصيبه حين ظهوره أو الحكم بموته وإن كان الخلاف حقيقى بالنسبة للملك فهو عند الشافعية موقوف على ذمة الغائب وبالنسبة للحنفية على ملك

(١) الميراث المقارن ص ٣٦.

المورث وإن كان حكماً أى تقديرًا لتحقيق موته . وقد خالف الحنفية أصلهم هذا فى ميراث الجنين والحكم بحياته بعد الجناية عليه إذا انفصل ميتًا بسبب الجناية على أمه مع عدم تحقق حياته بعد انفصاله عن أمه فى حالة عدم الاعتداء وكذا وقت الاعتداء بالنسبة للحكم بالميراث والحكم بالجناية عليه بإيجاب الغرة فيه .

هذا وقد أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب الحنفية ومن وافقهم فى المادة ٤٥ منه ونصها: «يوقف للمفقود من تركه مورثه، نصيبه فيها فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقى من نصيبه بأيد الورثة» .

ميراث الجنين :

ميراث الجنين يتعلق بالموت التقديرى لا الحقيقى لأن موت المورث إما أن يكون حقيقياً وإما أن يكون تقديرياً وإما أن يكون حكيمًا .

والجنين هو الحمل فى بطن أمه وجمعه أجنة وسمى بذلك لأن بطن الأم بالنسبة له أجنة له وسترة أى أكثة وسترة له من كل ما يضره ويؤذيه ويطلق على الجنين فى بطن أمه ولدًا تقديرًا باعتبار ما سيكون بعد ولادته حيًا ولذا كان ميراثه تقديرًا ونظرًا لاحتمال نزوله غير حى وعدم تحقق حياته بعد انفصاله فقد سماه الفقهاء «حملًا» لأنه محمول مع من تحققت حياته وملتصق به ويعتبر حيًا بحياته تقديرًا وغالبًا بعد تمامه وانفصاله من الأم ولهذا سموه أحيانًا «الولد فى بطن أمه» والمواد به ما سيولد من ذكر وأنثى .

ولا خلاف بين الفقهاء أن الحمل إذا انفصل حيًا عن أمه انفصالًا كاملاً فإنه يرث من يموت قبله ممن يرثه لتحقيق شرط الميراث وهو حياة الوارث بعد موت

المورث، وكذلك يورث إذا مات بعد تمام انفصاله حياً وهذا يتحقق أيضاً عند الحنفية إذا انفصل أكثره حياً وعند ابن حزم إذا انفصل أقله^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء أيضاً أن الجنين إذا انفصل عن أمه ميتاً بغير جناية على أمه وهو ما يسمى سقطاً طبيعياً فإنه لا يرث ولا يورث لأنه بانفصاله ميتاً تبين أنه كان ميتاً في بطن أمه فأصبح كالجذء منها الذي انفصل عنها كاليد أو الرجل التي تموت بعد انفصالها ولا تحيا بدونها دائماً.

وإذا انفصل الجنين ميتاً عن أمه بجناية أو اعتداء عليها فإنه لا خلاف بينهم أيضاً على أنه تجب فيه غرة وهي تقدر بنصف عشر الدية الكاملة على الضارب في ماله إن كان متعمداً وفي مال العاقلة إن كان خطأ وذلك لقضائه بأنه ميت بالغرة على من قتلت ضررتها وجنينها الذي كانت تحمل به قبل موتها.

ومع اتفاق الفقهاء على الحكم بالغرة فيه إلا أنهم اختلفوا في ميراثه من غيره وميراث غيره منه على النحو التالي:

قول: بأنه يرث ويورث وإلى هذا ذهب الحنفية فهو يرث ويورث عندهم لاعتبارين:

الأول: باعتبار تحقق حياته بحياة أمه فيرث على هذا الأساس.
والثاني: باعتبار تحقق موته بعد انفصاله فيورث على هذا الاعتبار وبذا تحقق أنه يرث ويورث.

وإنما كان ذلك اعتباراً لأنه لم يتحقق ذلك في الجانبين معاً في وقت واحد وإنما يترجح أحدهما إذا غلب على الآخر وتبين لنا حقيقة في الظاهر فإن انفصل حياً ترجح احتمال الحياة فيعتبر حياً من وقت موت المورث فيرث ويورث إذا مات،

(١) الميراث القارن، والملحق ٣٠٨/٩.

وإذا انفصل ميتاً ترجح جانب عدم الحياة فيعتبر ميتاً من وقت موت المورث فلا يرث ولا يورث لأنه فقد شرط الميراث وهو تحقق الحياة وقت وفاة المورث^(١).

وقول ثان : بأن الجنين الذى انفصل ميتاً بجناية على أمه لا يرث ولا يورث ولكنه يملك الغرة فقط ضرورة لأنه إذا لم يملكها فكيف يملكها غيره عنه ميراثاً والميراث خلافة فكيف يرث المستخلف من عجز عن ملكه المستخلف بالكسر - أى بكسر اللام - ولهذا فلا يورث عن الجنين هنا غير الغرة ويرث هذه الغرة عنه كل من يتصور إرثه منه وهذا مذهب الشافعية والحنابلة ومالك رضى الله عنهم^(٢).

وقول ثالث : وهو للإمامية لا يرث ولا تورث عنه الغرة فقط ولكن يرثها منه أبواه فقط إن كانا على قيد الحياة أو من يتقرب بهما عند موتهما إن ماتا معه أو قبله وذلك كالأخوة لأنه يتقرب بالأب بهم، وهذا القول يتفق مع القول الثانى فى أنه لا يرث ولا تورث عنه الغرة فقط ولكن يختلف عنه فى تخصيص ميراثها بالأبوين أو بمن يتقرب بهما إليه وإن كان يظهر بناء على ما حققه صاحب الميراث المقارن أن ذلك مقصور على جهة الأب فقط دون الأم^(٣).

وفى قول رابع : وهو لليث بن سعد وربيعة بن عبد الرحمن أنه لا يملك مطلقاً حتى الغرة وإنما تملكها أمه ويختص بها وحدها لأن الجناية وقعت عليها وعلى جزء منها وهو الجنين لأنه فى هذه الحالة كسها وأصبعها^(٤).

(١) حاشية الحضرى على شرح الشنشورى على الرحبية ص ١٥٣، والميراث المقارن ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) الميراث المقارن ص ٤٠، وشرح الترتيب ٨٤/٢، والمغنى ٢٠٣/٧.

(٣) انظر ص ٤٠.

(٤) نفس المرجع والصفحة.

وفى قول خامس : وهو لابن هرمز من شيوخ مالك أن الذى يملك
الغرة أبوه وأمه إن كانا على قيد الحياة وتكون بينهما للرجل ضعف الأنثى لأن
المولود ثمرة الأبوين فكانت الجريمة عليهما.

الترجيح :

هذا والذى نميل إليه فى الاختيار والترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء
وهم مالك والشافعية والحنابلة وهو أنه لا يرث الجنين الذى انفصل عن أمه ميتاً
ويورث عنه الغرة فقط ويرثها عنه كل من يرثه لو كان ميتاً بعد انفصاله حياً.

أما ما يدعيه الحنفية من أن تورثه وعدم ميراثه فيه تناقض لأن القول بتورثه
مبنى على ميراثه والقول بعدم ميراثه نفى لميراثه فإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر،
والقول بثبوت أحدهما فقط يؤدى إلى التناقض وهو تحكم بدون دليل كما قال ابن
قدامة^(١) فالجواب أننا نورث منه لأن الواجب يدل عنه فورثه ورثته كسدية غير
الجنين، وأما تورثه فمن شرط كونه حياً حين موت مورثه ولا يتحقق ذلك ولا
ميراث مع الشك فى الحياة فلهذا قلنا بأنه لا يرث وتورث عنه الغرة فقط^(٢).

ويقال رداً على الليث وربيعة: أن الجنين لا يعد جزءاً من أمه من جميع
الوجوه لأنه لا يعد كذلك إلا بأحد اعتبارين بالاتفاق أى باعتباره حياً بحياتها
واتصاله بها واعتباره جزءاً منها باتصاله والتصاقه بها أثناء حملها، وليس من كل
الوجوه لأنه إذا انفصل حياً صار مستقلاً عنها بنفسه واستمرت حياته بخلاف جزئها
كاليد والأصبع إذا انفصل عنها فإنه لا يستقل بدونها ولا يحيا بغيرها. ولذلك

(١) المغنى بصرف ٢٠٣/٧.

(٢) المرجع السابق، والميراث المقارن ص ٤١.

صحت الوصية له والعتق والنسب بالإجماع فكيف تصححونها إذا؟

أما الإمامية فلا دليل لهم على قصر ميراث الغرة على الأبوين فقط ومن يتقرب بالأب أو السبب كما قال هرمز، والأحكام الشرعية لا يعول عليها إلا بالدليل الشرعى عند الجميع.

هذا وقد أخذ قانون الموارث^(١) فى المواد ١ ، ٢ ، ٥ ، بمذهب الليث بن سعد وربيعة بن عبد الرحمن وهو أن الجنين الذى انفصل ميتاً بجناية على أمه لا يرث ولا يورث، لأنه اعتبر الشرط فى الميراث تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث، ولا ميراث للحمل مطلقاً إلا إذا ولد حياً، فليس فى القانون حياة تقديرية خلافاً للمذهب الحنفية الذى قررهما مع أنه الأصل الذى استقى منه الأحكام المعول عليها فيه وبذلك يكون قانون الموارث فى ذلك قد خالف كل المذاهب الفقهية وخرج عن أصوله الشرعية لأن قانون الموارث قانون شرعى من حيث مصدره ومنشئه وبالتالي يكون القانون فى مواده التى خالف بها أصول الشريعة غير دستورى ولا يكون ملزماً ويجب تعديلها بما يتفق ورأى جمهور الفقهاء لأنه المناسب للحال والزمان.

(١) رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م.

المبحث الثالث موانع الإرث

تعريف المانع :

المانع فى اللغة هو الحائل^(١)، واصطلاحاً هو ما يلزم من وجوده، عدم الحكم مع قيام السبب وتحقق الشرط ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه لذاته .

فإن الأسباب الشرعية لا تترتب عليها مبياتاتها إلا إذا وجدت شروطها وانتفت موانعها . فإذا وجد مثلاً سبب الميراث وتحقق شرطه فلا يترتب الميراث إلا إذا انتفى المانع كالقتل مثلاً فإنه مانع من الميراث مع توفر سبب الإرث وتحقق شروطه وهى القرابة وتحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث وعلى هذا إذا قتل زوج زوجته فإنه يمنع من ميراثها مع قيام سبب الميراث وهو الزوجية مع وجود شرط الإرث وهو تحقق موت المورث وهو الزوجة وتحقق حياة الوارث وهو الزوج عند وفاة زوجته وذلك لأن المانع من الميراث وهو القتل، فوت على الوارث وهو الزوج أهلية الميراث معاملة له بتقيض قصده، ويسمى هذا المنع من الميراث حرماناً، ويسمى الممنوع منه محروماً من الميراث^(٢) .

وموانع الميراث ثلاثة عند الجمهور وهى : القتل، واختلاف الدين، واختلاف الدار . وعند الشافعية خمسة هى : اختلاف الدين، والردة، والقتل، والرق، وإيهام وقت الموت^(٣) .

(١) مختار الصحاح مادة منع، والميراث المقارن ص ٤١ .

(٢) الميراث المقارن ص ٤٢ .

(٣) راجع لنا الوسيط فى الموارث على منهل الإمام الشافعى ص ٥٦ .

المانع الأول : القتل وبيانہ عند الفقهاء :

اتفق الفقهاء على أن هذا المانع يتعلق بالقاتل ولا يتعلق بالمقتول بمعنى أن القاتل لا يرث المقتول ولكن يرث المقتول قاتله وذلك يتصور فيمن قتل بالسبب أو جرح من غيره في جناية عليه ومات متأثراً بجراحة أو بالسبب بعد موت الجراح أو صاحب السبب^(١).

وقد أجمع أهل العلم على أن القتل العمد العدوان من المكلف يمنعه من الميراث. وقد شذ عن هذا الإجماع الخوارج وسعيد بن المسيب، وابن جبير فيما حكى عنهم حيث أنهم ورثوه بعموم آية الموارث أى أخذاً بظاهرها فقط من غير نظر إلى ما ورد من أدلة أخرى تتعلق بالمانع^(٢). وقول هؤلاء لا يعول عليه في نفي الإجماع لشذوذه ولأنه جاء معارضاً لما اشتهر بين الصحابة من منع عمر القاتل من ميراث من قتله استدلالاً بقول رسول الله ﷺ: «ليس للقاتل شيء» رواه مالك في موطئه وأحمد في مسنده.

فقد أعطى عمر رضي الله عنه دية ابن قتادة المدلجي - وهو رجل من بني مدلج يقال له قتادة^(٣) - لأخيه دون أبيه الذي خذفه بسيفه فقتله. وقد اشتهرت هذه القصة بين الصحابة ولم ينكرها أحد منهم فكانت إجماعاً. وقد قال عمر في سبب حكمه بالمانع: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس للقاتل شيء» وهذا هو مستند الإجماع. كما يؤيد هذا الإجماع حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه، وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الإمام أحمد في مسنده^(٤).

(١) المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها، والميراث المقارن ص ٤٢، وحاشية الخضرى ص ٥٥.

(٢) المغنى ١٩١/٧.

(٣) نقلاً عن الميراث المقارن ص ٤٣، ٤٢.

(٤) البحر الزخار ٢٦٨/٥.

هذا من جهة النص والإجماع. أما من جهة العقل فلأن الوارث ربما استعجل موت مورثه بالقتل المحظور ليأخذ ماله فعوقب بالحرمان منه معاملة لا ينقيض قصده.

ثم إن التورث مع القتل يؤدي إلى كثرته، وهو فساد والله لا يحب المفسدين.

ما عدا القتل العمد العدوان فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

قال الشافعي رحمته الله: كل قتل يمنع من الميراث، ولو من غير مكلف فتحقق وصف القتل في الشخص يمنع من الميراث سواء كان هذا القتل بحق كالقصاص بقصد كالعمد العدوان أو بغير قصد كالنائم ينقلب على غيره فيقتله، ضمن القاتل كالعمد والخطأ أو لم يضمن كالمقتص وقاتل المرتد ومن طلب منه تنفيذ القصاص، ويضمن القاتل أيضاً ولو قصد به مصلحة كسقى الأب الدواء باختياره ولو على سبيل المعالجة إذا أفضى إلى موته، كما يمنع وصف القتل من الميراث ولو كان دفعاً لصيال، أو من قتال العادي الباغى أو العكس. وسواء كان القتل مباشرة أو سبباً كالإكراه على القتل والشهادة على المورث بما يوجب حداً يفضى إلى القتل أو القصاص، أو تزكية من يشهد عليه بذلك ويشهد فعلاً فمات بسبب ذلك، وذلك هو المعتمد والصحيح في المذهب وقيل إن لم يضمن القاتل ورث^(١).

ودليل المذهب الشافعي في منع القاتل مطلقاً من الميراث قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس للمقاتل من الميراث شيء»^(٢)، والخسبر الترمذي

(١) الأم ١١٩/٧، ومغنى المحتاج ٢٥/٣ وما بعدها.

(٢) رواه النسائي بإسناد صحيح وله شواهد تقوية كما ذكر في الميراث المقارن ص ٤٣، وشرح الترتيب ١٣/١.

وغيره: «ليس للقائل شيء»^(١) أى من الميراث كما قال علماء المذهب ولأنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بالقتل فاقتضت المصلحة حرمانه، ولأن القتل قطع الموالاة وهى سبب الإرث، وإنما أخذ بالوصف العام منعاً للذريعة أى سداً لبابها حتى لا يكون هناك أى تحايل فى القتل بأى وصف كان للوصول إلى الميراث بسببه، وأما دليل القول الثانى وهو ضعيف فى المذهب فقد حمل الحديث السابق على القتل قصاصاً أو حداً^(٢).

وقال الحنابلة: القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة، كالعمد وشبهه، والقتل الخطأ وما جرى مجراه، كالقتل بالتسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم.

أما غير المضمون بشيء مما ذكر فإنه لا يمنع من الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن النفس، وكقتل العادى الباغى، أو قصد مصلحة كسقى المورث الدواء باختياره لمورثه فى علاج مات منه^(٣).

وقال الحنفية: القتل الذى يمنع من الميراث هو كل قتل يجب فيه القصاص أو الكفارة وهو يشمل عندهم أربعة أنواع:

- ١ - العمد.
- ٢ - شبه العمد.
- ٣ - الخطأ.
- ٤ - ما جرى مجرى الخطأ.

ذلك لأن الذى يجب فيه القصاص عندهم هو العمد لأن موجبہ عندهم القصاص والإثم ولا كفارة فيه.

(١) ذكره فى المغنى ٢٥/٣.

(٢) مغنى المحتاج ٢٥/٣ وما بعدها.

(٣) الميراث المقارن ص ٤٤، والمغنى ٢٩٢/٦.

والذى يجب فيه الكفارة عندهم ثلاثة أنواع هى: شبه العمد، والخطأ، وما جرى مجراه.

أما شبه العمد فلأن موجبه الكفارة والدية على العاقلة والإثم ولا قود فيه.
وأما الخطأ^(١) فلأن موجبه الكفارة والدية على السعالة ولا إثم فيه كالقتل العمد وإنما فيه إثم دونه لعدم الثبوت والاحتياط.

أما ما جرى مجرى الخطأ فهو كالتائم يتقلب على مورثه فيقتله، لأن موجبه موجب الخطأ، لأنه لا قصد فيه، ولكن وجد منه الفعل حقيقة فوجب الضمان بالسبب الشرعى أى بمقتضى الحكم الشرعى الوضعى، حيث أجرى مجرى الخطأ فى العذر من العقاب وهو القصاص.

وقد استند الأحناف فى منع الميراث بهذه الأنواع إلى حديث النبى ﷺ: «ليس للمقاتل ميراث» لأن لفظ القاتل فى الحديث مطلق فيصرف النفى إلى كل قتل فيه إثم ولو دون إثم القتل وهذا يشمل ما فيه كفارة، وللإجماع على المنع فى القتل العمد، ولأن شبه العمد يشبه العمد فى القصد لأن قصد الشخص قتل مورثه بفعل محظور يعد استعجالاً لأخذ ماله، فحرم من الميراث معاملة له بنقيض قصده^(٢).

(١) وهو يشمل نوعى الخطأ عندهم لأن الخطأ نوعان: خطأ فى القصد كأن يرمى شخصاً بظنه صيداً فإذا هو إنسان معصوم الدم حيث أخطأ الشخص ولم يخطئ الفعل، والثانى خطأ فى الفعل، كأن يرمى هدفاً فيصيب إنساناً معصوم الدم فيقتله. أما خطأ الشخص كأن يرمى زيداً فيخطئ ويصيب عمراً فإنه لا يسمى خطأ وإنما هو من القتل العمد العدوان لأن عصمة الدم واجبة للإنسان المعصوم مطلقاً بغض النظر عن عين الشخص.

(٢) الميراث المقارن ص ٤٥ وما بعدها، والاختيار ١١١/٥.

وأما المخطئ في القتل والجاري مجراه فلوجود فعل القتل حقيقة فأقيم السبب مقام السبب بغض النظر عن القصد من باب الثبوت والاحتياط في منع القتل منعاً لأي شبهة بها استعجال الميراث بالموت لاحتمال أنه كان يقصد قتل مورثه ويتظاهر بالخطأ أو النوم هروباً من المسؤولية، والعقاب ووصولاً إلى المال، فتزل هذا التوهم منزلة المحقق سداً للذريعة. حتى لا يجد المغرضون ثغرة ينفذون منها إلى فاسد مآربهم وسىء أغراضهم^(١).

ولاشك أن توريث القاتل يفضي إلى كثرة القتل استعجالاً للحصول على الميراث، ولو أبحنا التوريث للقاتل لكانت الجريمة سبباً في النعمة والحصول على المال وهذا أمر لا يقبله العقل السليم ولم يعهد في الشرع الحكيم لأنه فساد في الأرض ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾^(٢).

القتل الذي لا يمنع من الميراث عند الحنفية:

وأما القتل الذي لا يمنع من الميراث عندهم فهو القتل الذي لم يجب فيه قصاص ولا كفارة وهو يشمل أربعة أنواع هي:

١ - القتل بالتسبب. ٢ - القتل بحق.

٣ - القتل من غير المكلف. ٤ - القتل بعذر.

أما القتل بالتسبب فهو في حافر البئر في الطريق في غير ملكه بدون إذن الحاكم فوقع فيها مورثه فمات، فهذا لا يمنع من الميراث لأن هذا القتل لا قصاص فيه ولا كفارة لأن القاتل لم يكن قاتلاً حقيقة، لأنه لم يباشر القتل ولم يتعلق بفعله إثم أي جزاء للقتل عليه شخصياً وإنما وجب فيه جزاء على العاقلة وهو

(١) المراجع السابقة.

(٢) الآية ٦٤ من سورة المائدة.

الدية على العاقلة صيانة لدم المقتول من الإهدار^(١).

وأما القتل بحق كقتل مورثه حداً أو قصاصاً أو دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال أو قتل العادل مورثه الباغي لأن الحرمان من الميراث عقوبة على القتل المحظور والقتل بحق بجميع أنواعه غير محظور لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢).

وأما القتل من غير مكلف فهو قتل الصبي الذي لم يبلغ الحلم أو السن مورثه وكقتل المجنون والمعتوه والمغمى عليه بسبب خارج عن فعله كمن تناول عقاراً مضطراً إليه كدواء لمرض فأغوى عليه بسببه أو تناوله باختياره لحاجة وهو لا يعلم أنه يذهب عقله أو يحيله إلى غيبوبة فقتل مورثه أثناء غيبته أو زوال عقله حيث لا يمنع من الميراث، لأن الحرمان جزاء القتل المحظور وفعل غير المكلف لا يوصف بالخطر قبل توجه خطاب الشارع إليه وهو لم يتوجه إليه بعد فأصبح لا إثم فيه فأشبه القتل في الحد والقصاص حيث لم يتعلق به حرمان من الميراث ولا كفارة^(٣).

وأما القتل بعذر فهو يتحقق فيمن قتل زوجته إذا فاجأها متلبسة بالزنا فقتلها أثناء تلبسها به، حيث يرثها لأنه في مثل هذه الحالة فاقد الشعور غالباً لا اختيار له فاعتبر كفاقد الوعي والحق به واعتبر معذوراً من له حق الدفاع الشرعى وإن جاوز الحد فيه لأن حد الدفاع لا يمكن ضبطه على وجه التحديد فعفى عن التجاوز فيه لأن أصله وهو الدفاع المباح هو الذى دعا إليه وكان سبباً فيه أى فى هذا التجاوز^(٤).

(١) الميراث المقارن ص ٤٧ .

(٢) الآية ٣٣ من سورة الإسراء .

(٣) الميراث المقارن ص ٤٧ .

(٤) الميراث المقارن بتصرف بسيط، وابن عابدين ٥ / ٦٠ .

وقال المالكية: القتل الذى يمنع من الميراث هو كل قتل عمد عدوان سواء كان بالمباشرة أم بالتسبب كحفر بئر أو تقديم طعام مسموم لا يعلم الأكل بوجود السم فيه، وكالتحريض على القتل وشهادة الزور إذا أدت إلى القتل، والاشتراك فى القتل ولو كان المشترك ربيثة أى يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل ليضلل الناس عن مكان القتل.

وأما إذا لم يوجد القصد كالقتل الخطأ، فلا حرمان من الميراث إلا من الدية فقط، وكذلك يرث كل من لا يعتد بقصده كالصبي والمجنون والمعتوه وكذلك لا يكون مانعاً كل قصد بحق كالقصاص والحد والقتل بعذر^(١).

وبهذا يتفق المالكية مع الحنفية فيما عدا القتل بالسبب لأنه مانع عندهم وليس بمانع عند الحنفية.

وقال الزيدية: قاتل العبد لا يرث من المال ولا من الدية يحجب إجماعاً لحديث: «القاتل لا يرث» وحديث: «لا ميراث لقاتل»^(٢).

وأما قاتل الخطأ فإنه يرث من المال ولا يرث من الدية: لقوله ﷺ وقد سئل عن رجل قتل ابنه: «إن كان خطأ ورث، وإن كان عمداً لم يرث» وإنما خرجت الدية عن الميراث فى الخطأ بالإجماع فلا يرث فيها^(٣).

وقال الإمامية: القتل المانع من الميراث هو القتل العمد ظلماً، أى عمداً عدواناً لحديث: «لا ميراث لقاتل» وما عدا العمد العدوان فإنه لا يمنع من الميراث فى المال والدية أيضاً على الصحيح، وقيل يرث مما عدا الدية وهو الأظهر. ويرث

(١) مختصر خليل ص ٣١١، والمرجع السابق ٤٨.

(٢) أخرجه الترمذى كما فى الفقه المقارن ص ٤٤.

(٣) الفقه المقارن ص ٤٤ والبحر الزخار ٣٦٧/٥.

من قتل بالسبب كما عند الحنفية^(١).

وبالموازنة بين المذاهب السابقة في ميراث القاتل نجد أن قول الزيدية موافق لقول المالكية وأن الدليل هو الدليل وكذلك وافقهم الإمامية في أظهر الأقوال عندهم.

وبذلك يظهر لنا أن المذاهب في ميراث القاتل أربعة مذاهب: مذهب الشافعية، ومذهب الحنفية، ومذهب المالكية ومن وافقهم، ومذهب الحنابلة.

ونرى أن القول المختار هو ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم وهو أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان مباشرة أو سبباً وهو يشمل ما يسمى عند الحنفية بالقتل العمد والقتل سببه العمد والقتل بالتسبب لأن كلا منهما تترتب عليه عقوبة الحرمان من الميراث لما فيه من قصد القتل المحظور، معاملة له بنقيض قصده^(٢).

ولا تمسك للشافعي بعموم الحديث، لأنه مصروف إلى القتل الذي يتعلق به الإثم، ويوصف بالخطر، وإلا فكيف نسوى بين الظالم العاقد وبين من ينفذ القصاص ويقيم حدود الله، أو بينه وبين من لم يتوجه إليه خطاب الشرع، كصبي ومجنون ومعتوه، وكيف نعاقب بالحرمان، من يدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه، وقد منحه الشارع حق هذا الدفاع وأباحه له، أو كيف نعاقب العادل إذا قتل مورثه الباغي الذي يريد تفريق كلمة المسلمين وتمزيق وحدتهم.

ويقال للحنابلة: كيف نسوى بين من لا يوصف فعله بالخطر لعدم توجه خطاب الشرع إليه كالمجنون، والصبي، وبين غيره من المكلفين الذين توصف أفعالهم بالخطر لتوجه خطاب الشرع إليهم.

(١) رياض المسائل شرح المختصر النافع للإمامية كما في الفقه المقارن ص ٤٤.

(٢) الميراث المقارن ص ٤٩.

ويرد على من قال بأن المخطئ في القتل محروم من الميراث كيف تحرمون المخطئ من الميراث مع أنه لا قصد له، والحرمان عقوبة بنقيض المقصود، وقد انتفى هذا المقصود، عن المخطئ فيتساوى مع غير المكلف في شأن الميراث وهذا رد على الشافعية والحنابلة والحنفية في جعلهم المخطئ في القتل كالعائد في منعه من الميراث.

ويرد على الحنفية والإمامية في التفريق في الحرمان بين المباشرة والتسبب حيث منعه بالمباشرة ولم يجعلوه مانعاً في التسبب بأن فعل القتل قد يكون مقصوداً وظاهراً في السبب كما هو في المباشر فكيف يتم التفريق بينهما إذا والحديث يشمل به عموم لقوله ﷺ: «ليس لقاتل ميراث» وهذا يتحقق بلا خلاف في كل قاتل عمد والسبب العمدى إذا أدى إلى القتل يكون القتل عمداً بالسبب باتفاق العلماء جميعاً.

ويرد على من سوى بين السبب المباح والسبب المحرم كما هو مذهب الحنابلة والشافعية إذا أدى السبب المباح للقتل كسقى المريض الدواء النافع بقصد المصلحة والشفاء فأدى إلى الموت، بأن السبب المباح سبب مشروع وتنتفى عنه نية القتل باتفاق من حيث الظاهر وأحكام الشارع منوطة بالأفعال الظاهرية فيما يتعلق بأحكام العباد ومعاملاتهم وتصرفاتهم فيما بينهم حيث جعل الشارع السبب الظاهري منوط به تعلق الأحكام الشرعية التي خطابهم بها فكيف نجعل إذا بين فعل قصد به المصلحة والحياة للشخص وفعل قصد به الضرر والقتل ظاهراً. ولهذا وجب التفريق بينهما في الأحكام.

هذا وقد أخذ قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب المالكية في جعل القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان مطلقاً حيث جاء في نص المادة الخامسة

منه على النحو التالي: «من موانع الإرث قتل المورث عسماً، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، إذا كان القتل بغير حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، وبعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى».

فالقانون قد خالف رأى الحنفية الذي هو مصدر القانون أصلاً فى أمرين: الأول أنه جعل القتل بالتسبب مانعاً، وهم لم يجعلوه مانعاً، والثانى: أنه جعل القتل الخطأ غير مانع من الميراث وهم جعلوه مانعاً.

المانع الثانى من موانع الميراث اختلاف الدين:

المراد باختلاف الدين هو الاختلاف فى الإسلام والكفر لأن الدين أصلاً لا يكون إلا بالإسلام لأن الدين عند الله الإسلام لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ وإطلاق الكفر على أنه دين إطلاق عرفى أى مجازى والمراد به الملة الفاسدة أو العقيدة الباطلة والفاسدة التى يدين بها من كفروا بالله وأشركوا به واعتبروها ديناً لهم زوراً وبهتاناً وظلموا أنفسهم بذلك وكذبوا على ربهم وأنفسهم فكان الخطاب حسب مقصودهم هم لا من حيث الحقيقة الشرعية واللغوية.

والإسلام فى اللغة التسليم والانقياد، وفى الشرع: هو الدين الإلهى الذى نزل على محمد ﷺ متضمناً شريعة الإسلام التى شملت تنظيم العقيدة والأخلاق والمعاملات بمفهومها العام والخاص فى جانب الفعل أو الترك.

والدين الإسلامى هو الدين الذى ختم الله به الديانات السماوية عموماً وأصبح الإسلام بعد كماله وتماه على يد محمد عليه السلام خاتم الأديان والشرائع السماوية إلى قيام الساعة ولا يصح لآى بشر أن يعتنق سواء شرعاً وديناً

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾^(١).

والكفر ضد الإسلام وهو لغة الجحود والستر، يقال كفر نعمة الله كفرًا بالضم والفتح وكفرًا، جحدًا وسترها^(٢)، وشرعًا هو خلاف الإسلام سواء كان بإشراك أو بغيره^(٣).

ولا خلاف لأحد من الفقهاء المسلمين والعلماء في أن الإسلام دين مقابل وحده للكفر وأن المسلمين جميعًا على ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم الققهية ومداركهم العقلية في الأمور الاجتهادية والفرعية. وإنما اختلف الفقهاء في الكفر هل هو ملة واحدة أم ملل متعددة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية والشافعية وداود أن الكفر كله بجميع أنواعه ملة واحدة. يقول الشافعي رحمه الله تعالى: «المشركون في تفرقهم واجتماعهم يجمعهم أعظم الأمور وهو الشرك بالله تعالى» وقال الرافعي الشافعي في تفسير قول الإمام الشافعي: «فجعل اختلاف فرقهم كالنفس الواحدة في البطلان، وفي معاداة المسلمين والتماي عليهم»^(٤). ولأن حقن دماء الكفار جميعًا يكون بسبب واحد وهو الإسلام ويستأنس لهذا بقوله تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ﴾^(٥)، وبقوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾^(٦).

(١) الآية ٨٥ من سورة آل عمران.

(٢) مختار الصحاح مادة كفر.

(٣) الميراث المقارن ص ٥١.

(٤) شرح الترتيب ١٤/١، والميراث المقارن ص ٥٢.

(٥) الآية ٣٢ من سورة يونس.

(٦) الآية ٦ من سورة الكافرون.

وبقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١) فأشعرت كل هذه الآيات بأن الكفر كله ملة واحدة حيث جعل المخالف للإسلام كله ملة واحدة.

والقول الثاني: وذهب إليه الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل رحمهما الله: أن الكفر ملل متعددة، فالتنصاري ملة، واليهود ملة، ومن عداهما ملة، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾^(٢)، وبقوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين»^(٣).

القول الثالث: وهو لابن مرزوق المالكي واعتمده عندهم أن اليهود والتنصاري ملة واحدة وأن من عداهما ملل مختلفة وعلى ذلك يكون اليهود والتنصاري ملة واحدة وعبد النار وهم المجوس ملة وعبد الأصنام ملة، وعبد الشمس ملة، والبراهمة ملة، والدهرية ملة، وهكذا، قال الخضرى فى حاشيته^(٤): وهو وجه فى الإرث لبنائه على الموالاتة والتناصر. وأما الجنايات والنكاح والزكاة فيحكم لجميع من سوى أهل الكتاب بحكم واحد كما قال مالك وأحمد^(٥).

هذا والذي نميل إليه فى الترجيح هو المذهب الأول الذى قال به الحنفية والشافعية والظاهرية وهو أن الكفر كله بجميع ملله ومذاهبه وطوائفه ملة واحدة وذلك لاشتراكهم جميعاً فى الكفر والشرك والضلال ومعاداة المسلمين.

(١) الآية ٧٣ من سورة الأنفال.

(٢) الآية ٤٨ من سورة المائدة.

(٣) نقله صاحب الميراث المقارن ص ٥٢.

(٤) على شرح الشنورى على الرحبية ص ٥٩ بتصرف.

(٥) الميراث المقارن ص ٥٢.

ويجاء عن أدلة المذهب الثاني الذي قال بأن الكفر ملل متعددة وأن اليهود ملة، والنصارى ملة، ومن عداهما ملة، بأن معنى الآية في قوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾ أى لك من اتباع محمداً ﷺ جعلنا القرآن له شرعة ومنهاجاً كما قال مجاهد ويدل على ذلك قوله تعالى في الآية منكم حيث ذلك دليل على تخصيصه بأمة محمد ﷺ وأما الجواب عن استدلالهم بحديث: «لا يتوارث أهل ملتين»، فالمراد بالملتين في الحديث الإسلام والكفر وذلك لإطلاق الإسلام على الملة ففي قوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا﴾^(١).

لأن المراد بالملة هنا المنهج والطريق وهو هنا منهج الإسلام وطريقه الصحيح وهو الإسلام. فهو ضد ملة الكفر والضلال أى فيهم الكفر والضلال ويدل على ذلك التفسير ما ورد في بعض طرق هذا الحديث «لا يرث المسلم الكافر»^(٢).

ويرد هذا المذهب الثالث فيما استند إليه من عدم الموالاة والتناصر فيما بينهم بأن ذلك فيما بينهم وبين أنفسهم أما فيما بينهم وبين المسلمين فهم جميعاً يوالون بعضهم بعضاً ضد المسلمين ويتكفلون جميعاً للثليل من المسلمين وإن كان من رحمة الله بعباده المسلمين أن فرق بين قلوب أعدائهم ويشهد لذلك قوله تعالى: ﴿تَحْسِبُهُمْ جَمِيعًا وَقُلُوبُهُمْ شَتَّى﴾^(٣).

ولما كان الميراث صلة شرعية بين الوارث والمورث ومبناه على الولاية والتناصر، ومع اختلاف الدين لا تثبت الولاية لأحدهما على الآخر كان علينا بالنظر إلى اختلاف الإسلام مع الكفر وإلى وحدة ملل الكفر أو تعددها أن نبين

(١) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) كما في الميراث المقارن ص ٥٣.

(٣) الآية رقم ١٤ من سورة الحشر.

حكم الإرث بين المسلم والكافر أولاً ثم إرث الكفار بعضهم من بعض ثم إرث المرتد وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الإرث بين المسلم والكافر

أجمع جمهور العلماء على أن الكافر لا يرث من المسلم لأنه أدنى حالاً منه لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) ولما رواه البخاري ومسلم: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»^(٢) ولقوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين»، ولانعدام الولاية بين المسلم والكافر، وانعدام النصرة بينهما وهي أساس وعلى هذا إذا وجد الاختلاف وقت استحقاق الميراث وهو وقت موت المورث مع حياة الوارث منع من الإرث أى لا يرث الكافر المسلم إن كان الميت هو المسلم، وعلى هذا لا قيمة فى استحقاق الميراث إذا أسلم الكافر بعد موت قريبه المسلم حيث يمنع من الميراث ولو كان إسلامه قبل تقسيم التركة، لأن مانع الإرث قام بالشخص وقت موت المورث فاعتبر معدوماً فى حق الورثة ويثبت لهم الحق فيها شرعاً حيث لا يعتبر من الورثة وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء^(٣).

وفى رواية عن الإمام أحمد وقول للإمامية أن الكافر إذا أسلم قبل توزيع التركة فإنه لا يمنع من الميراث لأن اختلاف الدين قد زال قبل القسمة وإذا زال المانع قبل القسمة سقط هذا المانع فى حقه واشترك مع الورثة ولأن المال لا يتقرر فى ملك الورثة قبل القسمة على ما قاله الإمامية^(٤).

(١) الآية ١٤١ من سورة النساء.

(٢) متفق عليه واللفظ للبخاري بسنده عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ ١٧٠ / ٤.

(٣) الميراث المقارن ص ٥٤.

(٤) كما حكاه عنهم فى الميراث المقارن

والذى نراه راجحاً هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الوارث إذا أسلم قبل القسمة لا يرث لأن شرط الميراث عند جميع الفقهاء عدم المانع وقت وفاة المورث لا وقت قسمة التركة وإلا لاختلف الحكم بتعجيل القسمة وتأخيرها، وهذا يؤدى إلى الاضطراب فى الأحكام الشرعية فى مجال تطبيقها وتنفيذها وعدم استقرارها يؤدى إلى التحايل بادعاء الإسلام للحصول على الميراث ولو نفاقاً وهذا ما يناهضه ويرفضه الإسلام فى كل حال وذلك لأن الحكم التكليفى مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحكم الوضعى وقت تعلق خطاب الشارع بأفعال العباد الحسية^(١).

هذا بالنسبة لتوريث الكافر من المسلم.

وأما توريث المسلم من الكافر ففيه خلاف على أقوال:

القول الأول: لا يرث المسلم من الكافر بأى سبب كان لحديث: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»، ولحديث: «لا يتوارث أهل ملتين» وهو مذهب جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الأربعة المشهورة والزيدية وفقهاء الأمصار وهو ما عليه العمل كما قال ابن قدامة^(٢) وعلى ذلك لا يرث الزوج المسلم من زوجته الكتابية والقريب المسلم لا يرث من قريبة الكافر، وكذلك المعتق المسلم لا يرث من عتيقة الكافر، خلافاً لأحمد رحمه الله.

واستدلوا على ذلك بما رواه أسامة بن زيد رضى الله عنهما عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» والحديث متفق عليه بين البخارى ومسلم. ويقولون ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين» ولما روى أن أبا طالب مات

(١) راجع لنا مفهوم القاعدة الشرعية من كتاب المعاملات فى الفقه الإسلامى تأليف لجنة من أساتذة كلية الشريعة طبعة ١٤١٢هـ.

(٢) المغنى ١٦٦/٧.

وترك أربعة بنين: عليا وجعفرًا مسلمين، وعقيلًا وطالبًا كافرين، فورث النبي ﷺ عقيلًا وطالبًا، ولم يرث عليا وجعفرًا وقال: لا يرث المسلم من الكافر.

وهذا من جهة النص، وأما من جهة العقل فلأن الميراث مبنى على الموالاة والمتاصرة وهما منقطعان بين المسلم والكافر فلا يرثه كما لا يرث الكافر المسلم وهذا من باب القياس^(١).

القول الثاني للإمامية: وقالوا يرث المسلم من غير المسلم لأن اختلاف الدين عندهم لا يمنع المسلم من ميراث غير المسلم وإن منع غير المسلم من ميراث المسلم، وقد روى ذلك عن معاذ ومعاوية، ومحمد بن الحنفية، وعلي بن الحسين، وسعيد بن المسيب، واستدلوا لمذهبهم بقوله ﷺ: «الإسلام يزيد ولا ينقص» وهذا يدل على أن الإسلام يعلو ولا يعلو عليه وبناء على ذلك يرث الزوج المسلم زوجته الكتابية ولا ترث الزوجة الكتابية من زوجها المسلم. وذلك لأننا إذا قلنا بأن الوارث قبل إسلامه مستحق للميراث من قربة الكافر، وبعد إسلامه يحرم من ميراثه لنقص إسلامه من حقه وهذا لا يجوز لأن الإسلام يزيد ولا ينقص وقياسًا على أننا ننكح نساءهم وهم لا ينكحون نساءنا وهذا يدل على أننا نرثهم وهم لا يرثوننا^(٢).

الترجيح والاختيار

والذى نميل إليه فى الترجيح والاختيار ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء من أن المسلم لا يرث الكافر كما أن الكافر لا يرث المسلم لصريح نص حديث النبي ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم». وحديث: «لا يتوارث أهل ملتين»

(١) من حاشية الفناى على شرح السيد على السراجية ص ٧٤ كما فى الميراث المقارن ص ٥٥.

(٢) الميراث المقارن ص ٥٥.

وتكون المعاملة بالمثل تحقيقاً للعدالة في المعاملة المالية بين المسلم وغير المسلم كما هو الحال دائماً في كل معاملات الإسلام مع المسلمين وغيرهم.

أما الجواب عن حديث الإسلام يعلى ولا يعلى عليه فإن المراد به علو الإسلام نفسه كدين عن الكفر، فالإسلام يعلو عن الكفر في كل حال وهذا لا خلاف فيه وعلى ذلك يكون المراد بالعلو هنا كل ما يتعلق بالأمور الدينية لا الدنيوية وعلى ذلك إذا تردد الأمر بين الإسلام والكفر رجح جانب الإسلام لعلوه كما في المولود الذي يكون بين المسلم والكتابية حيث أنه ثبت إسلامه من جهة أبيه، ولم يثبت إسلامه نظراً لجهة أمه لأن الولد جاء منهما معاً ومشترك بينهما بلا نزاع وعلى ذلك حكم الشارع بإسلامه نظراً إلى جهة الإسلام لعلوها وشرفها في جانب الولد وهي مصلحة له محققة فراعها الإسلام له لأنها في مصلحته ديناً ودنياً، وهذا تفسير معقول للحديث أو يكون المراد بالعلو في الحديث العلو بحسب الشرف أو بحسب الحجة أو بحسب القهر والغلبة أى النصر في العاقبة دائماً للمسلمين لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾^(١).

ويجاب عن حديثهم الثاني: «الإسلام يزيد ولا ينقص» بأن نفي التوريث بين المسلم والكفار مطلقاً أى من الجانبين ليس لأجل إسلام المسلم بل لأجل كفر الكافر، لأنه خبيث، ليس أصلاً لأن يكون المسلم خلفاً له حالة كفره ومناصره له. أو يكون معنى الحديث: إن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام، ولا ينقص بمن يرتد لقلّة من يرتد وكثرة من يسلم وهو أمر معقول ويفسره الواقع العملي.

فالحديثان طريقيهما الاحتمال، على أنهما مجملان، ولم يتفق على

(١) سيرة المنافقون الآية رقم ٩.

صحتهما، وما رواه الجمهور مفسر ولا يحتاج إلى بيان تفسير وهو متفق على صحته وبيانه فتعين تقديمه في مجال العمل والحكم والقضاء والإفتاء^(١).

وأما الجواب عن قياسهم الميراث على النكاح - أى نكاح الكتائية - فيقال فيه بأنه قياس مردود بأن العبد ينكح الحرة ولا يرثها، والمسلم يغنم مال الحربى ولا يرثه. وبأن النكاح مبناه على التوالد وقضاء الوطر. والإرث مبناه على الموالاة والناصره فافترقا، ولكن لما كان اتصالنا بهم فيه تشريف لهم اختص بأهل الكتاب منهم^(٢).

وقد أنكر شريح التابعى قاضى الكوفة، ما روى عن معاذ ومعاوية ومن معهما فإنه كان إذا قضى به يقول: هذا قضاء أمير المؤمنين، فكان سلبه القضاء عن نفسه وإضافته إلى أمير المؤمنين إنكاراً له^(٣).

كما أنكره عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه فإنه لما ولى الخلافة وقام بأمر المسلمين ردهم إلى ما كان عليه جمهور المسلمين من قبل وهو أنه لا توارث بين المسلمين وغيرهم.

هذا وقد أخذ قانون الموارث برأى جمهور الفقهاء فقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة السادسة منه ما نصه: «لا توارث بين مسلم وغير مسلم» بلا تفصيل كما قال الجمهور^(٤).

(١) الميراث المقارن بتصرف ص ٥٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المطلب الثاني

ميراث الكفار بعضهم من بعض

اختلف الفقهاء فى ميراث الكفار بعضهم من بعض حسب اختلافهم هل هم جميعا ملة واحدة أم ملل متفرقة .

فذهب الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعى وداود والإمامية إلى أنهم يتوارثون بعضهم من بعض بناء على أنهم جميعاً ملة واحدة فى مقابلة الإسلام وسواء اتفقت أديانهم ومللهم أم اختلفت كاليهود والنصارى وفرق كل منهما حيث يرث كل منهما الآخر وسواء كانت أصول هذه الأديان سماوية أم أرضية وعلى هذا يرث اليهودى النصرانى وبالعكس ويرث الكاثوليكي الأرثوذكسى وبالعكس ويرث المسيحى البوذى وبالعكس ومثله المسيحى ولا يترتب على اختلافهم فى العقائد والملل والأديان منعهم من الميراث لأنهم جميعاً فى حكم ملة واحدة فى مواجهة الإسلام .

وذهب مالك وأحمد إلى أن ما عدا الإسلام ملل ثلاث وهم اليهود والنصارى وما عداهما وعلى ذلك لا يرث اليهودى المسيحى وبالعكس ولا يرث أى منهما من لا دين له كالمجوسى والبوذى ومن لا دين له مطلقاً وبالعكس .

وذهب ابن مرزوق من المالكية إلى أن ما عدا اليهود والنصارى ملل متعددة وعلى هذا فكل ملة لا ترث من الملة الأخرى حيث لا يتوارث أهل ملتين من الكفار مطلقاً سواء كانت الملة أصلها سماوى قبل تحريفها أم كانت أرضية وذلك لأنه لا تناصر بينهم بالنسبة لأنفسهم بعضهم مع بعض^(١) .

(١) انظر فيما سبق: مغنى المحتاج ٢٤/٣، والمحلى ٤٠٢/١٠، والروض النضير ١١٥/٥، ومختصر خليل ص ٣١١، والاختيار ١١١/٤، والميراث المقارن ص ٥٦ وما بعدها .

الرأى الراجح :

والذى نميل إليه فى الترجيح والاختيار هو مذهب من قال بأن جميع الكفار ملة واحدة يتوارث بعضهم من بعض لأنهم ملة واحدة فى مواجهة الإسلام لحديث النبى ﷺ «الناس كلهم حيز ونحن حيز» وذلك لأن الناس جميعاً لا يخرجون عن فريقين فريق فى اتجاه الحق وهم المسلمون وفريق فى اتجاه الباطل وهم الكفار بجميع طوائفهم كما هو ظاهر نص الحديث والناس بالنسبة إلى المسلمين والكفار فرقتان فرقة تقر بشريعة الإسلام وهو المسلمون قاطبة على اختلاف مذاهبهم وفرقة تنكرها وهم الكفار بجميع طوائفهم بمللهم وهذا يشمل الكفار قاطبة وإن اختلفوا فيما بينهم وصاروا كأهل الأهواء من المسلمين فإنهم يتوارثون ماداموا لم تخرج بهم أهواؤهم عن حظيرة الإسلام . وهذا هو مذهب أبى حنيفة والشافعى وداود .

وقد أخذ قانون الموارث بهذا القول الراجح حيث جاء فى الفقرة الثانية من المادة السادسة منه ما يدل على ذلك . فقد جاء نص هذه الفقرة على النحو التالى :
«ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض» .

المطلب الثالث

ميراث المرتد

ميراث المرتد من غيره:

يتفق الفقهاء فيما بينهم على أنه لا يرث المرتد من غيره لا من المسلم ولا من غير المسلم وذلك بسبب رده وتركه دين الإسلام ، لأن الميراث صلة شرعية بين المورث والمورث ولا صلة مطلقاً بين المرتد والمسلم لأنه لا صلة بين الكافر والإسلام ، ولا بين المرتد والكافر لأن المرتد لا يقرب على كفره حتى تكون هناك صلة بين كفره وكفر الكافر الأصلى ، ولأن المرتد فى جميع الأحوال قد عمل على

تمزيق هذه الصلة وتمزيقها بردته وهو بها يستحق القتل بلا خلاف إن كان رجلاً بعد استنابته لمدة ثلاثة أيام وكذا المرأة عند بعض الفقهاء كما هو مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه^(١). وبناء على ذلك لا يرث المرتد من المسلم ولا من الكافر ولا من مرتد مثله حتى وإن رجع إلى الإسلام بعد ردته وبعد موت مورثه وهذا حكى فيه الإجماع وما وقع لابن الرفعة الشافعي في كتابه المطلب من تقييد منع المرتد من الإرث بما إذا مات مرتدًا وأنه إذا أسلم تبين إرثه فهو غلط لا يقر عليه كما قال صاحبه السبكي في كتاب الابتهاج وقال أنه فيه خارق للإجماع^(٢).

والسبب في أن المرتد لا يرث المسلم لحديث «ولا يرث المسلم الكافر» وفي رواية «لا يرث كافر مسلمًا» ولأن المرتد أدنى حالاً من المسلم ولا صلة بينهما ولقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٣).

وأما عدم إرث المرتد من الكافر فلأنه يخالفه في حكم الدين لأن الكافر يقر على دينه والمرتد لا يقر على كفره فلم يثبت للمرتد حكم أهل الدين الذي انتقل إليه. وأما عدم إرثه من مرتد مثله فلأن كلا منهما جان بارتداده فلا يستحق واحد منهما هذه الصلة الشرعية لأنه قطعها ولم يبق على حرمتها، ولأن المرتد لا ملة له حتى تجمع بينهما ملة واحدة، ولأن في توريث المرتد من قريبه غير المسلم سواء كافرًا أم مرتدًا تقريراً لحاله التي ينهي الإسلام عن إقراره عليها، لأنه لا مال لواحد منهما حتى يرثه الآخر لأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له كما تزول استقرارها حتى أنها تزول عن ملكه بمجرد ردته ولا تعود إليه بإسلامه بخلاف مال الكافر الأصلي لأن مال الكافر إنما يحرم بالذمة والعهد الذي أعطاه له الإسلام والمرتد لأن

(١) مفتى المحتاج ٢٥/٣، والإقناع ٤٩/٢.

(٢) الإقناع ٤٩/٢.

(٣) الآية ١٤١ من سورة النساء.

لا ذمة له ولا أمان، وإذا زالت أملاكه الثابتة له واستقرارها بمجرد رده فلم يبق له مال يرثه منه غيره وإذا ثبت له ذلك في حق غيره معه فلان لا يثبت له بالميراث ملك جديد من باب أولى، أى إذا كان لم يثبت له ملك نفسه الأصلي فكيف يثبت له ملك غيره الذى لم يملكه بعد^(١).

ميراث الغير من المرتد :

بالنسبة لميراث الغير من المرتد فيجب أن نفرق بين أموال المرتد التى اكتسبها قبل رده وأمواله التى اكتسبها بعد رده والتى أخرجها من دار الإسلام إلى دار الحرب.

فأمواله التى اكتسبها بعد لحاقه بدار الحرب والتى أخرجها من دار الإسلام إلى دار الحرب لا خلاف بين الفقهاء فى أنها توضع فى بيت مال المسلمين.

وأما أمواله التى اكتسبها قبل لحاقه بدار الحرب وبعد رده فقد اختلف فيها الفقهاء على النحو التالى :

الإمام أبو حنيفة يذهب إلى أن المرتد إذا مات أو قتل أو حكم القاضى بلحقاه بدار الحرب مرتدًا يفصل فى أمواله : فما اكتسبه حال إسلامه قبل رده يكون لورثته المسلمين، لأن موته سواء كان حقيقياً أم حكماً يستند إلى وقت رده لأنه يستحق الموت بها ويخير بين التوبة والقتل فيعتبر فى حكم الميت من وقت رده فما اكتسبه قبلها يكون ميراثاً، وعلى ذلك لا يرثه إلا من كان وارثاً وقت رده، ولا يرثه من مات قبل ذلك أو زال مانع إرثه بعد ذلك بعق أو إسلام لأنه لم يكن وارثاً وقت استحقاق الميراث وهذه الرواية هى التى عول عليها الكرخى فى المذهب^(٢).

(١) الميراث المقارن ص ٥٩.

(٢) الميراث المقارن ص ٦٠.

وروى الحسن بن زياد: أن ورثة المرتد هم الذين يثبت لهم الاستحقاق من وقت الردة ويستمر إلى الموت أو الحكم باللحاق بدار الحرب فمن مات من الورثة بعد رده وقبل موته أو الحكم بلحاظه أو من حدث له الاستحقاق بعد الردة فليس له ميراث لعدم ثبوت الاستحقاق من وقت الردة إلى الموت أو الحكم باللحاق لأن المال موقوف إلى الموت أو الحكم باللحاق فإن تاب ثبت له ملكه، وإن أصر حتى مات أو حكم بلحاظه انتقل للورثة فيجب أن يستمر الاستحقاق طول مدة وقف المال^(١).

وروى محمد بن الحسن: أن ورثة المرتد عند أبي حنيفة هم الذين يستحقون الميراث وقت الموت أو الحكم باللحاق لأن الردة لا تنعقد سبباً للميراث إلا إذا أصر عليها بأن مات أو حكم بلحاظه فهي كجزء العلة لأنه إن تاب بقى له ماله فلا يعتبر ورثته عند حدوث الردة وإنما يعتبر ورثته عند تمام السبب وهو موته مصراً على الردة أو الحكم بلحاظه بدار الحرب مرتداً^(٢).

والرواية الأولى لأبي حنيفة هي التي عول عليها الكرخي في المذهب.

وأما المال الذي اكتسبه المرتد بعد رده يكون فيثاً للمسلمين سواء كان قبل اللحاق بدار الحرب أم بعده وذلك بناء على ما سبق بيانه من أنه مال لا مالك له إذ لا ورثة للمرتد بعد رده. هذا بالنسبة للرجل أما الأنثى فلا يستند موتها إلى وقت ردها لأنها لا تستحق الموت بها عند الحنفية بل تستحق الحبس بها فيعتبر موتها من وقت موتها الحقيقي أو من وقت الحكم بلحاظها بدار الكفر إن لحقت بها فيكون ما اكتسبه من مال قبل الموت أو الحكم باللحاق لورثتها المسلمين ولو كان كسباً بعد

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق وأحكام التركات والموارث لأبي زهرة ص ١١٧.

الردة، أما ما اكتسبته بعد الحكم باللحاق بدار الحرب فيكون فيثا يوضع في بيت مال المسلمين^(١).

وإذا عاد المرتد الأنثى إلى الإسلام بعد الحكم بلحقه فله ما وجد من أمواله ولا يرجع على ورثته بشيء مما أتلّفه أو خرج من أيديهم ولا ضمان عليهم إلا إذا كانوا اقتسموه بغير حكم حاكم، وبذلك يكون المرتد هنا كالمفقود إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته^(٢).

وقال الصحابان أبو يوسف ومحمد كما قال الزيدية لا فرق بين الرجل والمرأة في أن ما اكتسبه كل منهما قبل الموت أو الحكم باللحاق يكون لورثته المسلمين ولو كان مكتسباً بعد الردة، لأن موت كل منهما يعتبر من وقت الموت الحقيقي، أو من الحكم باللحاق وليس مستنداً إلى وقت الردة فلا تنتقل ملكية أمواله إلى ورثته إلا بموته حقيقة أو حكماً^(٣).

وقال زيد بن ثابت من الصحابة وبه قال مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم: أن مال المرتد يوضع في بيت مال المسلمين، ويبقى موقوفاً بعد لحاقه كما كان قبل لحاقه ولا يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد، فإن مات أو قتل كان فيثا في بيت مال المسلمين وإن عاد إلى الإسلام دفع إليه ماله لأنه حر من أهل التصرف يبقى له ملكه بعد إسلامه، ويجب أن يرد إليه ما أخذ منه أو أتلّف عليه كغيره من المسلمين الأحرار ومن لهم الحق في الملكية^(٤).

(١) المرجع السابق.

(٢) الميراث المقارن ص ٦١.

(٣) المرجع السابق. والبحر الزخار ٣٦٩/٥.

(٤) الميراث المقارن ص ٦١، ومغنى المحتاج ٢٥/٣، والباجوري على ابن قاسم ٧٤/٢.

واستدل ابن قدامة بما رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ: «من أسلم عن شيء فهو له» وبما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال: رسول الله ﷺ: «كل شيء قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام»^(١).

الاختيار والترجيح

والذى نميل إليه في الاختيار والترجيح ما قال به الزيدية، وأبو يوسف ومحمد وهو أن مال المرتد يقسم بين ورثته المسلمين الوارثين وقت الموت الحقيقي للمرتد أو الموت الحكمي له وهو بلحاظه بدار الحرب بلا فرق بين ما اكتسبه المرتد حال إسلامه وما اكتسبه حال رده قبل الحكم بلحاظه، وذلك لأن موته لم يستند إلى وقت الرد، لأن المرتد تام التكليف وليس للردة أثر في زوال أملاكه في الحال لأنها في مثل من حكم عليه بالقتل حداً أو قصاصاً، حيث أن تصرفاته صحيحة ولا يورث ماله قبل تنفيذ حد القتل فيه ولهذا لا تنتقل أموال المرتد إلى ورثته حتى ينفذ حكم القتل فيه أى من وقت موته حقيقة أو حكماً، وقد حكم بذلك الإمام على رضى الله عنه حيث جعل ميراث المستورد العجلى حين ارتد لورثته بعد قتله.

ولا تكون أموال المرتد التى اكتسبها قبل رده فيئاً للمسلمين كما قال مالك والشافعى وأحمد، لأن قرابة المرتد من المسلمين أولى من المسلمين لأن قرابته يدلون إليه بسببين: بالإسلام، والقرابة والمسلمون يدلون إلى المرتد قبل رده بسبب واحد وهو الإسلام، وربما يتأكد ذلك بما يبقى لذلك من حكم الإسلام بدليل أنه

(١) انظر ص ٦١ وما بعدها.

لا يؤخذ ماله فى الحال بل يبقى حتى يموت حقيقة أم حكمًا، فكانت حياة المرتد معتبرة فى بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ولذلك لم يجز أن يقر على الردة بخلاف الكافر، لأن المرتد يجبر على العودة إلى الإسلام ولا يجبر الكافر على الإسلام، فيبقى حكم الإسلام فى حق المرتد فيما لا يتنفع هو به دون ما يتنفع به.

وما روى من آثار عندهم عامة يحتمل أنها فى حق الكافر غير المرتد والله أعلم. وهذا ما رجحه صاحب كتاب الميراث المقارن.

هذا ولم يتعرض قانون الموارث الجديد لميراث المرتد لا إيجابًا ولا سلبًا فبقى الحكم فيه بالنسبة للمرتد على الأرجح من مذهب الحنفية وهو أنه لا يرث المرتد من غيره وذلك متفق عليه عند جميع الفقهاء، ويرثه بعد موته ورثته المسلمون فيما اكتسبه حال إسلامه وما اكتسبه حال رده يكون فيثا لبيت مال المسلمين كما هو رأى الإمام أبى حنيفة.

خلافاً لرأى أبى يوسف ومحمد، لأن الفقهاء المجتهدين فى المذهب لم يذكروا ترجيحاً لأحد القولين، والمقرر فى المذهب الحنفى عند الخلاف ترجيح قول الإمام صاحب المذهب إذا لم يذكر ترجيح قول غيره من الأصحاب^(١).

(١) الميراث المقارن ص ٦٢.

المانع الثالث من موانع الإرث: اختلاف الدارين:

اختلاف الدار فى عرف الفقهاء المراد به اختلاف الوطن أو الدولة أو الجنسية حسب اصطلاحات القوانين الحديثة الدولية والمحلية التى تنظم أمور الجنسية وتنظيمها بين الدول بالنسبة لرعاياها، والوطن يشمل حسب هذا الاصطلاح الفقهى والقانونى الدولة، والإمارة، والسلطنة، والمملكة، والجمهورية، والولاية.

وتختلف الداران عن الفقهاء بأمر ثلاثة وهى:

١ - اختلاف المنعة والقوة، بحيث يكون لكل دار منهما جيش مستقل خاص بها يدافع عنها ويحمى حماها.

٢ - اختلاف الحاكم الأعلى لكل منهما، سواء كان أميراً أو سلطاناً أو ملكاً، أو رئيس جمهورية.

٣ - انقطاع العصمة بينهما، بحيث تستحل كل دار منهما قتال الدار الأخرى فإذا ظفر رجل من عسكر إحداهما برجل من عسكر الدار الأخرى قتله مستحلاً دمه.

فإذا تخلقت هذه الأمور الثلاثة، ولم تنقطع العصمة، ووجد بينهما التناصر على الأعداء، كانت الداران فى حكم دار واحدة مهما اتسعت الرقعة وتعددت الأقطار والحكومات واختلفت اللغات والديانات.

وديار الإسلام مهما تباعدت وتباينت فى بلادها وأنظمتها الحكومية فهى فى حكم دار واحدة لأن العصمة بينهما لم تنقطع أبداً ولا يستحل أحدهما الآخر لأن النصرة والولاية قائمة بينهما بحكم الشارع وقوته وإن اختلفت منعتها وقوتها فيما بينها وثارَت بينها العداوات الدنيوية أحياناً، وذلك لأن حكم

الإسلام بجمعها ويوحد بين إحساساتها ومشاعرها فلا توجد حكومة إسلامية منها تستحل قتال الأخرى ولو دفاعاً عن النفس وعند البغى والعدوان المهلك للنفس والمال وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً.. (الآية)﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾^(٢)، ولقوله ﷺ: «إذا تواجه المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار» وفي رواية: «إذا المسلمان حمل أحدهما على أخيه السلاح فهما على جرف جهنم، فإذا قتل أحدهما صاحبه دخلاها جميعاً، قال: فقلنا أو قيل يا رسول الله: هذا القاتل فما بال المقتول؟ قال: إنه قد أراد قتل صاحبه»^(٣).

وإباحة قتال البغاة لا يعد استحقاقاً للدار والدم وإنما هو من باب الرخصة في دفع الظالم والدفاع عن النفس والمال بحديث: «من قتل دون أهله فهو شهيد» ومن قتل دون نفسه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد» وحديث: «أرأيت إن جاء أحد يريد أخذ مالي؟ قال صلى الله عليه وسلم: لا تعطه مالك؟ قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله. قال: أرأيت إن قتلتني. قال: فأنت شهيد. قال: أرأيت إن قتلتك. قال: هو في النار».

وبناء على ذلك لا يحكم باختلاف الدارين بين المسلمين بغي بينهم ولا بقتال حيث لا يقر هذا البغي ولا البغاة بحال لأن ذلك أمر طارئ لا يليق أن يزول بحكم الإسلام بالصلح أو بالقوة لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٩٣ من سورة النساء.

(٣) رواه البخاري ومسلم.

اَقْتُلُوا فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿١﴾.

ولا فرق في ديار الإسلام بين الخالصة لهم والمحتلة منهم من عدو لأن المستعمر كافر باغ لا يقر على استعمارهم ولا ظلمه وعلى جميع المسلمين الدفاع عنها كل حسب طاقاته وإمكاناته حتى يعجلو المغتصب ويرحل المستعمر ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا.

وبناء على ما سبق لا يتصور اختلاف الدارين إلا بين دار الإسلام ودار الكفر في أوقات الحرب بينهما لانقطاع العصمة والعهد فيما بينهما ولاستحلال كل منهما الأخرى في النفس والمال وأما في وقت السلم فلا يتصور اختلاف دار لأن الأصل بين بنى آدم جميعاً قوله ﷺ: «كلكم لآدم وآدم من تراب» وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (١). وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ (٢).

ولا يتصور هذا السلم إلا مع معاهدات دولية ملزمة لكلا الطرفين بالسلم والخضوع لكل نصوص القانون الذي ينفذ عليهما في كل معاهدات الصلح وعدم الاعتداء والتعاون في المجال السياسي والثقافي والاقتصادي والأمني واحترام الحقوق العامة والخاصة بما لا يتعارض مع نصوص الإسلام الأمرة ولا مع عزة المسلمين في

(١) الآية ٩ من سورة الحجرات.

(٢) الآية ١٣ من سورة الحجرات.

(٣) الآية رقم ٦١ من سورة الأنفال.

دينهم وأوطانهم ومع نظم القانون الدولي الحالية فاختلاف الدارين المانع من الميراث لا يتحقق حالة السلم العامة الآن وذلك لوجود السلام العام بين الدول ولو لم يكن هناك معاهدات خاصة مكتوبة بينهما وذلك لوجود القانون الدولي العام الذي يجمع بين كل الدول ويلزمها جميعاً بالسلم فيما بينها فالأصل في ظله أيضاً السلام لا الحرب وإن كان ذلك لم يتحقق في الواقع العملي في ظل القانون الوضعي كما هو مشاهد الآن بين كثير من الدول لأن العبرة هنا بأحكام الشريعة الإسلامية لا بأحكام القوانين الدولية المخالفة لها . وقد أمرنا بما خاطبنا الله سبحانه وتعالى في ذلك يقول: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ .

أنواع اختلاف الدارين :

واختلاف الدارين ثلاثة أنواع وهي^(١) :

- ١ - حقيقة وحكما كالحريين إذا كان كل منهما في دار مختلفة مع الأخرى .
- ٢ - حكماً فقط كمستأمن وقريب له ذمى فى بلاد المسلمين وذلك لأن دار المستأمن تختلف عن دار الذمى لأن دار الذمى دار الإسلام وهي دارنا ودار المستأمن دار الحرب والكفر وهي مختلفة عن دار الإسلام . وإنما كان الاختلاف هنا حكماً فقط لأن المستأمن والذمى من حيث الواقع في دار واحدة وهي دار الإسلام وإنما اختلف الحكم معهما لما سبق بيانه ولأن المستأمن يتمكن من العودة إلى دار الكفر متى أراد وهذا لا يتحقق مع الذمى لأن أحكام الإسلام تطبق عليه في كل معاملاته وشئونه كما تطبق على المسلمين فيما عدا ما يتصل بحرية العقيدة فقط التي يدين بها .

(١) الميراث المقارن ص ٦٥ وما بعدها .

٣ - اختلاف بين الدارين حقيقة فقط كمستأمن في دار الإسلام وحربي في دار الحرب، فإن داريهما مختلفتان حقيقة لأن كلا منهما في دار تخالف دار الآخر حقيقة وإن اتفقا حكماً في دار واحدة لأنهما معاً من دار واحدة وهي دار الكفر حيث تطبق عليهما معاً أحكام هذه الدار ويلتزمون بها فيما بينهما.

هذا واتفق الفقهاء على أن الذي يمنع من الميراث من هذه الأنواع الثلاثة هو الاختلاف الحكمي فقط لأن به يظهر اختلاف الأحكام سواء وجد معه اختلاف حقيقة أم لا^(١).

كما أجمع الفقهاء على أن اختلاف الدارين بالنسبة للمسلمين لا يكون مانعاً من الميراث بأي حال من الأحوال لعدم الاختلاف الحكمي فيما بينهما من حيث الحقيقة والواقع لأنهم جميعاً يخضعون لأحكام الإسلام بغض النظر عن الاختلاف الواقعي في الوطن والخضوع لأحكام القانون الدولي الحالي الذي ينظم قانون الجنسية بين الدول التي تخضع لهذا القانون الدولي، لأن المناصرة قائمة بحكم الشرع بين المسلمين في كل زمان ومكان مهما تباعدت أوطانهم وديارهم، ولذلك يتوارث المسلمون بعضهم من بعض وإن نأت البلاد وتعددت الحكومات والأقطار فالمسلم المصري يتوارث مع قريبه المسلم الأندونيسي والمسلم الباكستاني يتوارث مع قريبه المسلم المراكشي، والمسلم المغربي يتوارث مع قريبه المسلم السعودي وهكذا كل قريب مسلم يرث قريبه المسلم في أي بلد مسلم إذا توفرت فيه شروط الإرث وانتفت عنه الموانع.

(١) المرجع السابق ص ٦٦، ومغنى المحتاج ٢٥/٣.

(٢) مغنى المحتاج ٤/٤، والمرجع السابق.

اختلاف الدارين بالنسبة لغير المسلمين،

أما بالنسبة لاختلاف الدارين بالنسبة لغير المسلمين فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو مانع من الميراث بينهم أم لا على النحو التالي:

١ - الجمهور من الفقهاء: على أنه غير مانع كما لا يمنع بين المسلمين معاملة لهم بالمثل لأن أحكام الإسلام تشملهم. حكما وإن لم يعملوا بها لعدم التزامهم بتنفيذها لانعدام القدرة للمسلمين عمليا على تنفيذها عليهم ولكن الواجب هو تنفيذ حكم الإسلام على من يخضع له وعلى ذلك فالمصرى غير المسلم يرث قريبه الإنجليزى غير المسلم وأهل دار الحرب كذلك يتوارثون وإن اختلفت ديارهم.

وهذا مذهب الشافعية فى قول، والمالكية، والإمامية، والزيدية، وبعض الحنابلة^(١).

٢ - وذهب أبو حنيفة وبعض الحنابلة وقول للشافعية إلى أن اختلاف الدارين يمنع من التوارث بين غير المسلمين لانقطاع العصمة وانتفاء الولاية بينهما وعلى ذلك إذا مات غير مسلم أمريكى فى أمريكا وله قريب روسى فى روسيا فلا يرثه لاختلاف الدارين بينهما حقيقة وحكما. وكذلك الحكم إذا مات فى دار الإسلام مستأمن وله قريب ذمى فى بلادنا حيث لا يرث الذمى المستأمن لاختلاف الدارين بينهما حكما^(٢).

(١) المراجع السابقة، والميراث عند الجعفرية لأبى زهرة ص ٦٨، والبحر الزخار ٣٦٧/٥، ٣٦٨، ومختصر

خليل ص ٣٠٨، ٣١١، والمغنى وابن قدامة ٢٩٥/٦.

(٢) الفقه المقارن ص ٦٧ وشرح الترتيب ١٦/١.

الترجيح،

والذى نرى ترجيحه واختياره هو قول جمهور الفقهاء وهو أن اختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين غير المسلمين كما لم يمنع بين المسلمين، وفى هذا المعنى يقول ابن قدامة: وقياس المذهب عندى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضى توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا قياس صحيح فيجب العمل بعمومها وبمفهوم قوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» لأن مفهوم هذا الحديث يدل على أن أهل الملة الواحدة يتوارثون، ولأن مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به ما لم يقم دليل على تحقق المانع^(١).

ويرد على أبى حنيفة ومن وافقه فى منع الميراث بين غير المسلمين باختلاف الدارين يقولنا لهم: كيف تمنعون الميراث باختلاف الدارين مع الاتفاق فى الملة بعلّة انقطاع الموالاة بينهم، ولا تمنعونه مع اختلاف الملة مع أنه أولى، لأن الاختلاف فى الملة أشد فى قطع الموالاة والمناصرة وأدعى للنفرة والعداء^(٢).

هذا وقد أخذ قانون الموارث فيما يتعلق بالمسلمين بما أجمع عليه الفقهاء وهو أن اختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين.

وأما بالنسبة لغير المسلمين فقد أخذ برأى الجمهور وهو أن اختلاف الدار لا يمنع فيما بينهم التوارث إلا فى صورة واحدة أخذ منها برأى أبى حنيفة وهى ما إذا كان قانون الدولة الأجنبية يمنع توريث غير رعاياها من رعاياها وذلك معاملة بالمثل

(١) الغنى بتصرف ١٦٨/٧ وما بعدها.

(٢) الميراث المقارن ص ٦٨ وما بعدها.

فى التورث وعلى ذلك إذا مات مثلاً فى مصر مصرى غير مسلم عن قريب له غير مسلم أمريكى فإن هذا القريب الأمريكى لا يرث قريبه المصرى إلا إذا كانت قوانين أمريكا تجيز لهذا المصرى أن يرث قريبه الأمريكى إذا مات .

وهذا ما نصت عليه المادة السادسة من قانون الموارث^(١)، فقد جاء فيها:
«واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من تورث الأجنبى عنها» .

(١) رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م.

القسم الثالث

التركة والحقوق المتعلقة بها

المبحث الأول

مفهوم التركة

التركة هي ركن الميراث الأساسى لأن أركان الميراث هي: مورث، ووارث، وموروث. وهذا الموروث هو المعبر عنه عند الفقهاء فى كتبهم المختلفة بالتركة.

تعريف التركة:

والتركة فى اللغة هي ما خلفه الميت من تراثه المتروك^(١).

وأما عند الفقهاء فقد اختلفت التعاريف عندهم لها حسب اختلافهم فى مفهوم التركة الشرعية عندهم. وقد اتجهوا فى ذلك إلى مذهبين: أحدهما: للحنفية والظاهرية.

والثانى: لجمهور الفقهاء: المالكية والشافعية والحنابلة.

والتركة: عند الحنفية ومن وافقهم هي: ما يتركه الميت من الأموال الخالصة عن تعلق حق الغير بعينها.

والأموال عندهم تشمل الأموال الحقيقية التى يمكن حيازتها وتملكها من عقار أو منقول عينا أو منفعة حالة أو مؤجلة خالية من حق الغير، ومن الأموال

(١) مختار الصحاح مادة ترك.

عندهم الحقوق المالية أى التى توصل إلى مال كحق المرور وحق الشرب والمسيل .

أما الحقوق التى لا تكون مالا ولا فى معنى المال كحق الخيار، والشفعة، والانتفاع بالموصى به فلا تعتبر محلاً للميراث عندهم لأنها لا تدخل فى التركة ولا ميراث فيها. وكذلك الحقوق التى لا تقبل التجزئة كحق الولاية فى النكاح أما التى تقبل فهى تركة كما فى القصاص وأما المال المتروك الذى تعلق به حق الغير كالعين المرهونة تحت يد الغير فى دين قبضه الميت قبل موته وهو ما يعرف بالرهن الحيازى أو الدين صاحب الامتياز حسب الاصطلاح الحديث فإنه لا يعد من التركة إن كان الدين مستغرقاً لهذه العين المرهونة فيه والمحبوسة لأجله فى الوفاء^(١).

وأما التركة عند جمهور الفقهاء: فهى تشمل جميع ما يتركه الميت من أموال وحقوق سواء أكانت هذه الحقوق مالية أم غير مالية إلا ما استثناه مالك والشافعى من الحقوق التى لا تقبل التجزى كولاية النكاح^(٢).

وقد استدل جمهور الفقهاء لمذهبهم بقوله ﷺ : «من ترك حقاً أو مالا فهو لورثته بعد موته».

وقد استدل الحنفية بنفس الحديث إلا أن بعضهم يرى أن كلمة «حقاً» ليست فى الحديث وبذلك لا يكون الحديث دليلاً على توريث الحقوق. ومنهم من يرى أن كلمة «حقاً» ثابتة ويستدل به على توريث بعض الحقوق دون بعضها. فما يمكن تعلقه بالمحل وهو الذى يبقى بعد الميت ببقاء المحل فيكون

(١) الميراث المقارن ص ٧٠ وما بعدها، والميراث فى الشريعة الإسلامية للدكتور محمد يوسف موسى ص ٦٩.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤٥٧، والوسيط فى الموارث على مذهب الشافعى للمؤلف ص ٩ الطبعة الثانية.

تركه يثبت لوارثة كالقصاص لأنه حق يستعلق بتعلق نفس القتال فيصير ملكاً للمقتول ولا يصير ملكاً للميت ويتركه بعد وفاته يكون تركة لورثته من بعده لأن حق الميت في استيفاء الحق لنفسه قائم وثابت قطعاً بقوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾^(١) ونظراً لعجزه عن أخذه بنفسه فقد استخلف في أخذه ورثته من بعده بنص الآية.

وأما الحقوق التي تتعلق بأهلية الشخص ولا تبقى أهليته لها بعد مماته فلا تعتبر تركه له لزوال أهليته عنها بمجرد الوفاة وهذا كما في حق الخيار في البيع حيث لا يكون تركة ولا يورث.

والاختار:

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن التركة تشمل الأموال ولو تعلقت بعين منها حقوق الغير لنص الحديث لأن الحقوق منافع والأعيان تسراد لمنافعها والمنافع أموال بلا خلاف كما في منافع المال المستأجر، أو يكون الحق في نظير مال، أى يؤدي إلى مال في حق الشفعة وحق الخيار.

ولا فرق بين الحقوق التي تتعلق بالمحل والحقوق التي لا تتعلق إذا لم تكن شخصية كما قال الحنفية لا مكان الخلافة فيها والميراث مصدره الخلافة فهو متعلق بها وجوداً وعدمًا^(٢).

(١) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٢) الميراث المقارن ص ٧٣.

ولا خلاف بين الفقهاء جميعاً في أن الحقوق الشخصية لا تتعلق بها ميراث لأنها لا تعد تركة بحال كالوظيفة والوكالة والولاية، وإن لم ينصوا عليها وذلك لأنها لا تعد مالا بلا خلاف.

هذا وقد أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب جمهور الفقهاء من أن التركة هي كل ما يخلفه الميت بدون تفصيل. وهذا يفهم صراحة من نص المادة الرابعة من القانون فقرة ٢.

المبحث الثانى

الحقوق المتعلقة بالتركة

يتفق الفقهاء فيما بينهم على أن الحقوق المتعلقة بالتركة هي : ديون الميت وتجهيزه ووصيته المالية حال حياته، والإرث الباقي بعد ذلك المستحق للورثة. ولكنهم اختلفوا فقط فى بيانها وتفصيلها وفى تقديم بعض هذه الحقوق على البعض الآخر.

فيذهب المالكية والشافعية وبعض الحنفية إلى أن الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة وهى :

- ١ - الديون العينية. ٢ - التجهيز.
- ٣ - الديون المطلقة. ٤ - الوصية.
- ٥ - الإرث^(١).

وذهب البعض الآخر من الحنفية إلى أن الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة فقط هى : التجهيز، والديون المطلقة، والوصية، والإرث. ولم يعتبروا الديون العينية لأن تعلق الدين بعين معينة يخرجها من التركة وتكون لصاحب الدين وهو ما يعرف بحق الامتياز^(٢).

وذهب الحنابلة وابن حزم الظاهري إلى أنها أربعة كما قال جمهور الحنفية ولكنهم يعتبرون الديون مطلقاً أى العينية وغير العينية، مما يتعلق بالتركة حيث لا

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٤٩٩، وشرح الترتيب ١/٨، وشرح الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/٤٩٩.

(٢) شرح الدر المختار ٥/٤٩٩.

يفرقون بين الديون العينية والديون غير العينية في اعتبارها متعلقة بتركة الميت^(١). حيث يقال تركة تعلق بها حقوق منها ديون تعلقت بالتركة استغرقتها وهذا لا يحتاج إلى تفصيل بين الديون العينية وغير العينية، وإن كانت الديون العينية تقدم عن الوفاء على الديون غير العينية باعتبارها صاحبة حق الامتياز إن كانت سابقة ولم تستغرق المال كله، وإلا اشتركت جميعاً في المحاسبة عند الوفاء من المال. وبهذا يترجح لنا وجهة نظر الحنابلة والظاهرية.

آراء الفقهاء في ترتيب هذه الحقوق :

يجتمع الفقهاء على أن هذه الحقوق المتعلقة بالتركة ليست كلها بمنزلة واحدة بل بعضها أقوى من بعض حيث يقدم بعضها على بعض عند الإخراج من التركة.

كما أجمعوا على أن تجهيز الميت وإخراج ديونه مقدمان على بقية الحقوق وأنها مقدمان على الوصية، وأن الوصية مقدمة على الإرث.

إلا أنهم اختلفوا في الدين هل هو مقدم على التجهيز أم أن التجهيز مقدم عليه النحو التالي :

١ - ذهب ابن حزم إلى أن الدين يقدم على التجهيز استناداً إلى ظاهر قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ وما روى من أن مصعب بن عمير رضى الله عنه بعد موته لم يوجد له إلا ثوب واحد فكفن فيه. ويقول ابن حزم : «فالكفن لا يكون بعد الدين لأن المال صار كله للغرماء بنص

(١) المغنى والشرح الكبير ٤/٧ ، والمحلّى ٢٥٢/٩ وما بعدها.

القرآن، فمن الظلم أن يخص الغرماء بإخراج الكفن من مالهم دون سائر من حضر. إذا لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ولا نظر، ولا احتياط. لكن حكمه أنه لم يترك شيئاً أصلاً ومن لم يترك شيئاً فكفته على من حضر من المسلمين»^(١).

٢ - وذهب الحنابلة إلى أن التجهيز مقدم على الدين وأنه أول حق يبدأ به من التركة. وبهذا قال الزيدية وبعض الحنفية^(٢). وذلك استناداً لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ حيث جعل سبحانه الوصية والدين مقدمان على بقية الحقوق بعد حق الميت لأن حق الميت من التركة متصل بنفس التركة في حياته ولا تنفصل عنه إلا بعد استيفاء ما يحتاجه لمصلحة نفسه أولاً وبخاصة إذا كان ضروري بالنسبة له وهذا لا خلاف عليه في حياته فمن باب أولى يكون ذلك بعد مماته فحقه مقدم على حقوق غيره في ماله وذلك كما يقدم الفلاس بنفقته على من سواه^(٣).

٣ - ويرى جمهور الحنفية وهو مذهب المالكية والشافعية تقديم الديون العينية على التجهيز وإن كان الحنفية لا يعتبرون الديون العينية من التركة لأن التركة عندهم على المشهور: هي ما يتركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بعينه. ويتفق المالكية والشافعية في أن الديون العينية تقدم على الشخصية أو العامة وإن استغرقت التركة ولكنهم يعتبرونها متعلقة بالتركة لا بمال الميت قبل موته فهم جميعاً يتفقون على أن الديون العينية لها حق

(١) الحلبي ٢٥٢/٩ وما بعدها.

(٢) المغني والشرح الكبير ٤/٧ وما بعدها، والبحر الزخار ٣٣٩/٥.

(٣) الميراث المقارن ص ٧٩.

الامتياز في الوفاء وتقدم على غيرها لأن أصحاب هذه الديون أحق بالعين من مالها حال حياته لأنه لا يملك التصرف فيها حال حياته بيع أو غيره ولو لحق نفسه إلا بإذن المدين صاحب المال وإذا كان لا يحق له ذلك في حياته فأولى ذلك بعد مماته لأن الموت يجعل الديون المطلقة تتعلق بالأعيان بعد أن لم تكن متعلقة بها وذلك لضعف الدمة بالموت عن احتمالها، وإذا كان الموت من شأنه أن يقوى تعلق الديون بالأعيان لا أن يضعفها فبالأولى فإنه لا يضعف ما كان متعلقاً بها فعلاً قبله^(١).

أما الديون المطلقة :

فيرى الحنفية والمالكية والشافعية أنها تؤخر على تجهيز الميت .
وابن حزم يقدم الديون مطلقاً على التجهيز سواء كانت عينية أم شخصية أى متعلقة بالدمة.

وأما الحنابلة والزيدية ورواية ملا مسكين من الحنفية فيؤخرونها عن التجهيز ولو كانت عينية لأن التجهيز من حاجات الإنسان الأصلية المقدمة في حياته فتقدم بعد وفاته من باب أولى لعجزه ووجوب ستره وهذا يدل على تقديم حقه جميع الحقوق المتعلقة بتركته لأنه يجب كفنه على أقاربه أو في بيت المال أو على المسلمين إن لم يترك مالا ولا يجب على أحد ولا في بيت المال سداد ديونه، ولا شك أن هذا يدل على أن التجهيز أهم من الدين والابتداء بالأهم واجب لا خلاف^(٢).

(١) المبسوط ١٣٦/٢٩ وما بعدهما، والفقهاء المقاترون ص ٨٠، ومغنى المحتاج ٣/٣.

(٢) الفقهاء المقاترون ص ٨٠.

ولأن النبي ﷺ كفن مصعب بن عمير لما استشهد يوم أحد في ثوبه لم يوجد له غيرها وحكى مثل ذلك في حمزة.

ولخبر الصحيحين في المحرم الذي وقصته ناقتة «كفنوه في ثوبيه» فإن النبي ﷺ لم يسأل في هذه الوقائع هل عليه دين أو لا، وترك الاستفصال في واقع الأحوال ينزل منزلة العموم في المقال، ومقتضاه تقديمه على الحق المتعلق بعين التركة.

ويرد على ابن حزم: بأن قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾ في تقديم الدين على التجهيز وكذا الوصية لا يدل على مدعاك لأنه يدل على تأخير الميراث عن الوصية أو الدين ولا دلالة له مطلقاً على تأخير التجهيز عن الدين لأنه ورد بعد بيان فرائض أصحاب الموارث فيبين أن هذه الفرائض إنما تكون بعد قضاء الدين وإنفاذ الوصية.

ويقال الخفية: أن تعلق الديون العينية بالأعيان لا يخرجها عن التركة. كما تذهبون وبذا لا يدل مدعاكم على تقدم الديون العينية على التجهيز لأن حبسها عن مالها حال حياته كان لحشه على قضاء الديون حيث له اضطراب في الحياة وقدرة على الكسب. وأما بعد الوفاة فقد ذهب اضطرابه، وانقطع كسبه فكان أحوج إلى ملكه لتجهيزه، من مال نفسه لا من مال غيره لأن الميت أحوج إلى هذا الجزء المتعلق بالتجهيز من سائر دائنيه لقدرتهم وبحياتهم وعجزه بموته كما قال صاحب كتاب الفقه المقارن^(١).

(١) ص ٨١ بتصرف.

وعلى هذا القول الراجح الذى ذهب إليه الحنابلة والزيدية وبعض الحنفية يكون ترتيب الحقوق المتعلقة بتركة الميت على النحو التالى:

١ - تجهيز الميت . ٢ - وفاء ديونه مطلقاً .

٣ - إخراج وصيته . ٤ - الإرث .

هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بهذا الترتيب حيث جاء نص المادة الرابعة منه على النحو التالى :

يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى :

أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

ثانياً : ديون الميت .

ثالثاً : ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويوزع مابقى بعد ذلك على الورثة .

الحكمة من ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة على هذا النحو السابق:

والحكمة الشرعية من ترتيب هذه الحقوق على النحو السابق بناء على ما تم ترجيحه بالدليل هو أن تقديم حق الميت فى تجهيزه وتكفينه على كل الحقوق من حاجة الإنسان الأصلية اللازمة له والضرورية فى حال حياته كالمأكل والملبس والسكن مقدمة على ديونه الحالة عند إفلاسه فلا يباع شئ منها فى دينه مع تحقق قدرته على اكتساب ثوب آخر يستر به عورته بعمل أو غيره فساوى تقديم هذه الحاجات الأصلية بعد مماته على سائر ديونه وكل الحقوق الأخرى لعجزه بعد الممات وقدرته فى حال الحياة .

وأما تقديم الدين على الوصية فلأن الدين تعلق بذمة الإنسان في حال حياته ووجب للغير وفاء عينه أو مثله أو قيمته من ماله في حياته إن كان حالا فإن كان الموت قبل الوفاء حل الوفاء بالموت وقام الورثة نيابة عنه في دفعه لصاحبه مقدمة على الوصية لأن الوصية تبرع بدون مقابل وأما الدين فهو عوض عما أخذه من مال استقر في ذمته وذمة المرء دائماً معلقة بالدين حتى وفاته لصاحبه وإبراء ذمته حتى لا يكون الدين حائلاً بينه وبين الجنة عند عدم الوفاء لقوله ﷺ: «الدين حائل بين الميت وبين الجنة» ولهذا تعلق الدين بعد الموت بعين التركة مقدماً على الوصية وبعد التجهيز حتى لا يتعارض مع غرض الميت الشرعى من اكتساب ماله في الحياة حتى تكون الخلافة في ماله من بعده خلافة شرعية محققة لكل الأغراض له ولغيره في الدنيا والآخرة ولهذا لم تتعلق الوصية بذمة الميت وإنما تتعلق بالتركة في ثلثها فقط بدليل أنه يجوز له الرجوع عن بعضها أو عن كلها قبل الممات ولا شيء عليه بلا خلاف بين الفقهاء .

ثم إن الوصية إن كانت من التبرعات فهي تطوع وهذا مذهب الجمهور والدين واجب بلا خلاف والواجب مقدم على التبرع بلا نزاع وإن كانت الوصية واجبة بناء على من قال بوجوب الوصية مطلقاً كالظاهرية أو لمن لا يرث من الورثة الذي تجب له الوصية فإنها في هذه الحالة تكون في معنى الإرث وتلحق به وتؤخر معه عن الدين لأن الإرث مؤخر عن الدين بلا خلاف^(١) .

وأما إن كانت الوصية حقاً لله تعالى أى دين الله على العبد في ماله فإن دين العبد مقدم على دين الله سبحانه وتعالى لأن حق العبد مبنى على المشاحة وحق الله مبنى على المسامحة والله هو الغنى وعباده هم الفقراء .

(١) كما في الميراث المقارن ص ٨٣، وشرح السيد على السراجية ص ٢٢ وما بعدها .

وقد طبق النبي ﷺ ذلك عملياً فقد روى عن علي رضي الله عنه أنه قال:
«رأيت رسول ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية».

وقد أجمعت الأمة من عهد النبي ﷺ على تقديم الدين على الوصية من
غير نكير^(١).

وأما تقديم الوصية على الدين في آية الموارث في قوله تعالى: ﴿من بعد
وصية يوصى بها أو دين﴾ فإنه تقديم في الذكر لا في الترتيب وهو لا يستلزم
التقديم في الحكم، وإنما قدمت في الذكر في الآية لأمر اقتضى الاهتمام بتقديمها
فيه وذلك لكونها أشرف لكونها قرينة والدين مذموم غالباً^(٢).

ولحث الورثة على إخراج الوصية لأنها مأخوذة بلا عوض فكانت مظنة
لإهمال الورثة بخلاف الدين فإنه في مقابلة عوض والغالب أنه له مطالب لا
يتنازل عنه فالموجب لدفعه من الورثة قائم لا يحتاج إلى تذكير جديد.

ثم أن الوصية حق الفقراء والمساكين غالباً، والدين حق غريم يطلبه بقوة
وتنفيذ قوله ﷺ: «إن لصاحب الدين مقالاً»^(٣).

وأيضاً فإن آية الموارث فيه صيغة ترتيب، بل المراد أن الموارث إنما تقع بعد
قضاء الدين، وإنفاذ الوصية وأوفى الآية دليل الإباحة وهي كقولهم في اللغة
العربية: جالس الحسن أو ابن سيرين، أي لك مجالسة كل واحد منهما للأخذ
منهما اجتماعاً أو افتراقاً.

(١) الميراث المقارن ص ٨٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) كما في نيل الأوطار للشوكاني ٥٣/٦.

فغاية ما تدل عليه الآية تقديم جملة الوصية والدين على الإرث . وقد دل الحديث والإجماع والعقل على تقديم الدين على الوصية فى الحكم .
وقدمت الوصية على الإرث بنص الآية ، ولأنها لو تأخرت فقد لا يبقى لها مال تنفذ منه^(١) .

هذا ويلاحظ أن تقدم الوصية على الميراث فيما إذا أمكن هذا التقديم وذلك يتحقق فى كل ما يمكن فصله وتجزئته بلا ضرر كالمقولات والمعدودات والعقارات المتعددة التى يمكن إفراز الوصية منها وإخراجها مستقلة . أما إذا لم يمكن الفرز كما إذا أوصى بثلاث داره مثلاً فإن الوصية تتعلق بعين الميراث ويصير الموصى لهم مع الورثة شركاء فى الثلث فى هذه الدار الموروثة على الشيعى وبذلك يزيد المال وينقض على الجميع قبل قسمته^(٢) .

الحق الأول - التجهيز وما يتعلق به من أحكام :

اتفق الأئمة على أن تجهيز الميت واجب له من التركة بما يليق بأمثاله ويناسب التركة والورثة من غير إسراف ولا تقتير وهو يتعلق بالتركة بعد الموت لا وقته ولا قبله . والواجب هو الكفن المشروع .

الكفن المشروع : ثلاثة أثواب للرجل وخمسة للمرأة من الكتان والقطن ويحرم الحرير للرجل ويجوز للنساء إلا إذا عد إسرافاً فى حق الورثة أو كان يضر بهم فإنه يحرم^(٣) .

(١) الميراث المقارن ص ٨٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٠٢/٥ .

(٣) ميراث المقارن ص ٨٦ .

فإن لم يوجد للميت تركة فيجب تجهيزه من بيت المال كما قال المالكية لأن له فيه حقاً لأنه من جملة المسلمين .

وقال الأئمة الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة يجب التجهيز على من كانت تجب عليه نفقته شرعاً في حال حياته من أقربائه عند عجزه عن الإنفاق على نفسه فإن لم يكن له قريب فعلى بيت المال فإن لم يكن في بيت المال مال فعلى أغنياء المسلمين فرض كفاية، إذا فعله البعض سقط الخرج عن الباقيين .

هذا بالنسبة لتجهيز الميت نفسه . أما تجهيز من تجب عليه نفقته فهو واجب أيضاً في التركة من حيث الجملة عند الفقهاء بلا خلاف مع اختلافهم في تفصيل من له الحق في التركة من الأقرباء على النحو التالي :

١ - يذهب الشافعية وأبو يوسف من الحنفية إلى أنه يجب أن يخرج من التركة تجهيز من تجب نفقته على الميت في حياته ويشمل ذلك قريبه الفقير وزوجته . مطلقاً غنية أو فقيرة لأن الزوجية باقية بعد موتها في الجملة لجريان التوارث بينهما وجواز غسلها له عن الشافعية^(١) . ولن يشترط في الزوجة عند الشافعية، أن يكون الزوج موسراً وغنياً وعلى هذا يقدم الدين على مؤنة تجهيز الزوجة فإن بقى شيء جهزت منه وإلا جهزت من مالها أو من مال من تجب نفقتها عليه من أقربائها^(٢) .

٢ - وذهب المالكية إلى أنه لا يجب في التجهيز إلا تجهيز الميت نفسه ومملوكه فقط^(٣) .

(١) معنى المحتاج ٣/٣ .

(٢) المرجع السابق وحاشية الخفري على الرحبية ص ٤٤ ، والميراث المقارن ص ٨٦ .

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٥٨/٤ .

٣ - وذهب الإمام أحمد ومحمد بن الحسن من الحنفية والحسن والشعبي في القريب والرقيق كمذهب الشافعية. أما الزوجة فقالوا: إن كانت غنية فتجهيزها في مالها كما قال المالكية وإلا فعلى من يرثها من أقربائها^(١).

والراجح مذهب الشافعي وأبو يوسف لأن صلة القرابة لا تنقطع بالموت وما ألزم به الإنسان في حياته يلزمه في ماله بعد مماته استمراراً لصلة الرحم وصلة القرابة معاً.

وهذا ما أخذ به قانسون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م في مادته الرابعة في فقرتها الأولى حيث جاء النص على النحو التالي:

يؤدى من التركة حسب الترتيب الآتى :

أولاً : ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.

الحق الثانى الدين :

الدين في اللغة ما ثبت في الذمة بسبب قرض أو بيع بدين^(٢) وأما شرعاً فهو ما ثبت في الذمة ووجب الوفاء به بدلا عن شيء على سبيل المعارضة^(٣).

وما يثبت في الذمة لازماً لحق آدمي فهو دين حقيقة في اللغة والاصطلاح بلا خلاف وما يثبت في الذمة حقاً لله سبحانه وتعالى فهو دين على سبيل المجاز لأن الدين الحقيقي يثبت في مقابلة معاوضة مالية حقيقة أما دين الله سبحانه

(١) نقلا عن الميراث المقارن بتصرف ص ٨٨.

(٢) مختار الصحاح مادة «دين».

(٣) الميراث المقارن ص ٩١.

وتعالى فهو حق قائم بنفسه وجب أصلاً بدون عوض كالزكاة والكفارات والمنذورات.

وفى جميع الأحوال فإن هذه الديون إما أن تكون ثابتة حقاً لله تعالى أم للعباد، وديون العباد إما أن تكون ديوناً عينية أم ديوناً مطلقة وإما أن تكون ديون صحة أو ديون مرض.

آراء الفقهاء فى ترتيب هذه الديون إذا ضاقت التركة من الوفاء بها جميعاً:

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أن التركة لا تتحمل ديون الله ولا يلزم الورثة إخراجها من التركة إلا على جهة التبرع أو كان قد أوصى بها الميت وذلك لأن ديون الله عندهم تسقط بالموت لأن الموت ينافى التكليف ولاحتياج النية من المخرج عند الأداء وهذا لا يتحقق مع الميت لأن النية ركن فى هذا الواجب وقد فاتت بالموت فيفوت الواجب معها ويفوض أمره إلى الله فى الآخرة.

وفى حالة الإيصاء بها تكون كالوصية لأجنبى وتعتبر فى ثلث التركة فإن أخذت أكثر منه توقفت على إجازة الورثة^(١). فإن لم يكن له ورثة أخرجت من كل التركة مقدمة على بيت المال وتقسم الفرائض على النوافل وإن كانت كلها نوافل قدم ما قدمه الموصى^(٢).

(١) تبين الحقائق للزليعى ٢٣٠ / ٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٨١ / ٢.

وبهذا يكون مذهب الأخناف تقديم حقوق العباد على حقوق الله إذا اجتمعا لأن حقوق الله مبنية على المسامحة وحقوق العبادة مبنية على المشاحنة ولا يقال أن حقوق الله تؤول إلى حقوق العباد كالزكاة فإنها تؤول إلى الفقراء وهم دائنون بها فهي ديون العباد وذلك لأن المراد بديون العباد عندهم الديون التي لها مقتضى خاص يطالب بها بذاته أما ديون الله فليس لها مقتضى خاص لأن للمدين أن يعطيها لأي شخص تتحقق فيه صفة الدائن على العموم فله أن يعطيها لفلان دون فلان ولو طلبها فلان الأخير لأن ذمته تبرأ بدفعها إلى أحدهما.

وتقدم من ديون العباد الديون العينية على المطلقة لأنها مقدمة على التجهيز عندهم^(١).

ويقدم من ديون العباد المطلقة دين الصحة على دين مرض الموت والمراد بدين الصحة ما ثبت بالبينّة ولو في مرض الموت أو ثبت بإقراره أو بنكوله عن اليمين في حالة الصحة، ويلحق بدين الصحة ما أقر به في حالة المرض وعلم بالمعاينة كضمن دواء أو غيره.

والمراد بدين المرض عند الحنفية ما ثبت بالإقرار حالة المرض أو فيما هو في حكم المرض كالحكوم عليه بالقصاص أو كان في ميدان قتال مثلاً. وهذا إذا جهل السبب فإن علم السبب بمعاينة كضمن دواء أو غيره أو بينة شرعية فإنه يلحق بدين الصحة^(٢).

وإنما قدم دين الصحة على المرض لأنه أقوى منه ولدفع التهمة بالمحاباة في

(١) حاشية ابن عابدين ٥٠٠/٥.

(٢) ابن عابدين ٥٠١/٥ وما بعدها.

الدين المطلق ولدفع الضرر عن غرماء الصحة^(١).

مذهب المالكية :

وذهب المالكية إلى أن ديون الله لا تسقط بالموت ولكنها تؤخر عن ديون العباد في الترتيب فتخرج ديون العباد أولاً ثم ديون الله إن بقى لها مال تخرج منه والديون تخرج من كل المال أى من جميع التركة ولو استغرقتها جميعاً مع مراعاة الترتيب السابق على أن تقدم ديون العباد ويقدم منها الديون العينية على الديون المطلقة كما قال الحنفية لأنها عندهم تقدم على التجهيز . وفى الديون المطلقة ويشترط أن يكون الدين ثابتاً بيّنة شرعية فى حال الصحة وتكون من ثلث التركة إذا لم يشهد عليها أو كانت فى مرض الموت ولم تكن بيّنة بها^(٢).

مذهب الشافعية وابن حزم الظاهري :

وذهب الشافعية وابن حزم إلى أن ديون الله تقدم على ديون العباد فى الترتيب وتستوفى ديون الله أولاً من التركة ثم ديون العباد فإن عجزت التركة عن الوفاء بها جميعاً قدم حق الله وذلك لأن دين الله أحق بالوفاء لقوله ﷺ : «فدين الله أحق أن يقضى - أقضوا الله فهو أحق بالوفاء» كما حكاه الشيخ عبدالرحيم الكشكى^(٣)، وقال الخطيب الشربيني فى مغنيه وهذا على الأصح فى المذهب بالنسبة للديون المطلقة^(٤).

(١) المرجع السابق والميراث المقارن ص ٩٢ ، ٩٣ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤٥٨ .

(٣) فى الميراث المقارن ص ٩٤ .

(٤) معنى المحتاج ٣/٣ ، والمحلى لابن حزم ٩/٢٥٣ ، ٢٥٤ .

ثم يقدم بعد دين الله من ديون العباد الديون العينية على الديون المطلقة، وتقدم بعض الديون العينية بعضها على بعض كما قال الحنفية والمالكية كما في الرهن والبيع بالنسبة للعين المرهونة والتي باعها صاحبها وهي في يد المرتهن حيث يقدم الرهن على البيع لأن البائع إذا فسخ لم يرتفع العقد من أصله بل من حين انفسخ فيتعلق حقه به حيثئذ، وأما المرتهن فحقه متعلق به من حين الرهن فقدم لسبق حقه^(١).

مذهب الحنابلة :

ويذهب الحنابلة إلى أن ديون الله وديون العباد سواء لأن لفظ الدين يشملهما معاً فإن لم تف التركة بهما تقسم على مقدار ديونهما بالمحاصة وذلك لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ لأن لفظ الدين في الوصية عام وهو يشمل ديون الله وديون العباد معاً على التخصيص فيبقى العام على عمومه. ويقدم من ديون العباد ما كان متعلقاً بعين المال على غيره كما قال جميع الفقهاء^(٢).

الترجيح والاختيار

والذى يظهر لى ترجيحه واختياره والله أعلم هو ما ذهب إليه المالكية من تقديم ديون العباد الخاصة التى ثبتت بعوض فى مال المورث أو فى ذمته. ثم أداء ديون الله سبحانه وتعالى بعد ذلك من كل المال إذا ثبت هذا الدين فى حياته بيّنة شرعية أو أشهد على نفسه فى حياته أنها ثبتت فى ذمته ولم يثبت بعد ذلك وفاؤها منه أو من غيره بوكالة أو نيابة عنه فى حياته أو بعد مماته. فإن لم يثبت ذلك من ثلث المال إذا وصى بها ولم يشهد. لأن قولهم هذا وسط وخير الأمور الوسط

(١) معنى المحتاج ٤/٣.

(٢) المغنى ١٥٦/٦ وما بعدها، والميراث للقارن ٩٤.

لأنهم لم يسقطوا أداء ديون الله تعالى كما قال بذلك الحنفية ولم يقدموها على ديون العباد كما قال الشافعية، ولم يسورها بها كما قال الحنابلة بل حافظوا على أداء ديون الله تعالى رحمة بالميت إذا أشهد ليبراً ذمته من دينه أمام الله وليسقط الأثم عنه فلا يحال بينه وبين الجنة بسبب دينه إذا لم يوف عنه.

وأما ما استدل به ابن حزم والشافعية على أن دين الله أحق ويقدم بقوله ﷺ: «فدين الله أحق أن يقضى» فهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها؟ فقال: «لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها؟» قال: نعم. قال: «فدين الله أحق بالأداء». فهذا الحديث منسوخ، بحديث النسائي: لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد ولكن يطعم عنه وليه. لأن حديث النسائي هذا موقوف على ابن عباس، وفتوى الراوى على خلاف مرويه بمنزلة روايته للناسخ. وقال مالك: ولم أسمع عن أحد من الصحابة ولا من التابعين بالمدينة أن أحداً منهم أمر أحداً يصوم عن أحد ولا يصلي عن أحد، وقول مالك هذا يؤيد النسخ وأنه الأمر الذى استقر عليه الشرع أو على الأقل يضعف الحديث كما قال صاحب الميراث المقارن نقلاً عن ابن عابدين فى حاشيته^(١).

أما ما استدل به الحنابلة من كون لفظ دين فى الآية يعم ديون الله وديون العباد فلا يستلزم المساواة بينهما ولا ينافى أن ديون العباد أحق فى التقديم عند الوفاء لحاجتهم وفقرهم وغنى الله وسعة رحمته ولأن العباد فى حقهم الخاص لا تندفع خصومتهم عن المدين وطلب الدين إلا بالأداء إليهم أو العفو متهم والأصل أنه لم يثبت منهم هذا العفو^(٢).

(١) ص ٩٦، وابن عابدين ١٨١/٢.

(٢) الميراث المقارن ص ٩٦.

وقت تعلق الدين بالتركة :

الدين إن كان عينيا تعلق بالعين ويظل متعلقًا بها كذلك بعد الموت ويتعلق بالتركة كما هو مذهب جمهور الفقهاء بحيث تصير التركة مشغولة بدين عيني . أما الدين المطلق وهو دين الذمة في حالة حياة المورث فإنه يتعلق بكل التركة عند موته أى يعين التركة كلها حيث ينتقل من الذمة إلى أعيان مال التركة كلها حفظًا لحقوق الدائنين . وهذا هو الراجح عند الفقهاء .

وقيل أن حق الدائنين في استيفاء ديونهم يتعلق بالتركة وقت الموت مستندًا إلى أول مرض الموت ويجمع المال^(١) .

وهل يمنع الدين من الإرث أم لا ؟ خلاف بين الفقهاء على أقوال : الأول وهو الأصح لا يمنعه حيث تنتقل التركة إلى الورثة مشغولة بالدين سواء كان عينًا أم كان مطلقًا .

والثاني : يمنعه بحيث لا تنتقل التركة إلى الورثة إلا بعد وفاء كل الديون فيها .

والثالث : أن الملك موقوف لحين أداء الدين أو الإبراء منه فإن تم الوفاء أو برئ منه المورث تبين أن الملك للورثة من حين الموت وإلا فلا ملك لهم .

ويترتب على هذا الخلاف أن المنافع الحادثة للتركة بعد الموت وقبل سداد الديون تكون للورثة على القول الأول ولا يتعلق بها حق الغرماء بخلاف القولين الآخرين حيث يتعلق بها حق الغرماء لأن حقهم يتعلق بعين التركة وما ينشأ عنها من منافع أو زيادات حتى وفاء ما عليها من حقوق^(٢) .

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق ص ٩٦ ، ٩٧ .

وعلى القول الأول الصحيح وهو للإمام أبى حنيفة فإن الدين ولو كان مستغرقاً كل التركة فإنه لا يمنع الإرث لأن الوارث يخلف المورث فى التركة والتركة مملوكة للميت فى حال حياته مع انشغالها بالدين كالمرهون فكذلك تكون ملكاً لمن استخلفه فيه محملاً بدينه وإلا لما كان للخلافة فائدة شرعية والله أعلم ولا تعارض فى هذا مع القول باستيفاء الديون قبل التوريث . والله أعلم .

الحق الثالث من الحقوق المتعلقة بالتركة (الوصية):

الوصية فى اللغة: طلب فعل من غيره ليفعله فى غيبته حال حياته أو بعد وفاته^(١) .

وأما تعرف الوصية شرعاً: فهى عند الفقهاء: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة»^(٢) .

وأما فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فقد عرفها: «بأنها تصرف فى التركة مضاف لما بعد الموت» وهو يتفق مع جميع المذاهب الفقهية فى الجملة .

حكمة مشروعية الوصية ودليها:

وقد شرعت الوصية لسد النقص الذى قد يقع فيه الموصى فى حياته فى حق الله أو فى حق العباد سواء كان عن علم أو جهل وشرع للإنسان التبرع بماله أو بجزء منه لهذا الغرض ونظراً لأن الإنسان قد تمتد به الأيام ويكون فى حاجة إلى هذا المال الذى يتبرع به فقد جعله الله له حقاً فى ماله بعد وفاته تحقيقاً للوفاء بهذا

(١) مختار الصحاح والمصباح المثير مادة وصى، والوصية وأحكامها للدكتور محمود على أحمد إبراهيم ص ٢٣، وحاشية الدسوقي ٤/٤٢٢ .

(٢) تكملة فتح القدير ٨/٤١٦، والمرجع السابق، ومغنى المحتاج ٣/٣٩ .

الغرض السابق وليكون له زيادة فى أعمال البر منه بعد وفاته كما قال النبى ﷺ: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم زيادة فى أعمالكم، فضعوها حيث شئتم أو حيث أحببتم» ذكره صاحب الميراث المقارن ثم قال: وليس فى غير الوصية من التصرفات المتعلقة بالمال ما يتحقق به هذا الغرض الشرع النبيل كما ذكر صاحب الميراث المقارن^(١).

ومن حديث سعد بن أبى وقاص عن النبى ﷺ «قلت يا رسول الله: أوصى بمالى كله. قال: لا. قلت: فالشطر قال: لا. قلت: فالثلث، قال: الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس فى أيديهم وأنتك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة التى ترفعها إلى فى أمرأتك.» رواه البخارى^(٢).

ومن الأحاديث التى تدل على مشروعية الوصية أيضاً على عمومها مقيدة بالثلث كما فى الحديث السابق ما رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن ابن عمر بسنده: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»^(٣).

أما دليل الوصية من الكتاب الكريم فأيات منها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٤).

(١) ص ٩٩ وقال رواه البخارى ولم أجده بلفظه ولعله رواه بالمعنى من جملة الأحاديث التى رويت فيه وفى غيره من جوار الوصية بالثلث.

(٢) البخارى ١٢٥/٢، ومسلم بشرح النووى ٧٦/١١ وما بعدها.

(٣) مسلم بشرح النووى ٧٤/١١.

(٤) الآية رقم ١٨٠ من سورة البقرة.

وقد نسخت الوصية للوارثين بآية الموارث عند جمهور الفقهاء وبقيت لغير الوارثين من الأقربين بقوله تعالى في آية الموارث: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ﴾^(١). وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

والإجماع: قائم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على الوصية والعمل بها من غير تكير من أحد ولا من العقل^(٢).

وقت تعلق الوصية بالتركة :

وتتعلق الوصية بالتركة بعد الموت على الصحيح لأن التركة مشغولة بحوائج الموصى الأصلية، وديونه وقضاء حوائجه الضرورية ومن تلزمه نفقته قبل مماته وبذلك لا تلزم الوصية في التركة إلا بعد وفاء كل ما سبق من التركة، وقيل تتعلق الوصية بعد الموت بالتركة مستندة إلى وقت الموت.

ولا تتعلق الوصية بالتركة قبل الموت بلا خلاف بين العلماء ولو بطريق الاستناد لأنه يجوز للموصى الرجوع عنها في أى وقت قبل الوفاة بلا خوف لأنها تبرع مضاف لما بعد الموت وهذا في غير الوصية الواجبة^(٣).

حكم الوصية :

حكم الوصية له جانبان: أحدهما: من حيث الفعل أو الترك، والثاني من حيث الأثر الشرعى المترتب عليها.

(١) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(٢) راجع الميراث للمقارن ص ١٠٠، وما بعدها، والمغنى ١/٦، وبدائع الصنائع ٣٣٠/٧، والوصية وأحكامها ص ٤٢ وما بعدها.

(٣) الميراث المقارن ص ١٠١ والمراجع السابقة.

أولاً : حكم الوصية من حيث الفعل أو الترك،

وحكم الوصية من ناحية الفعل أو الترك يراد به الوصف الشرعى لها، والوصف الشرعى من حيث ذاته فيما يتعلق بالوصية لا خلاف بين الفقهاء فى أنه يمكن أن يعتريها الأحكام التكليفية الخمسة من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة^(١).

١ - فتجب الوصية بحقوق الله تعالى التى فرط فيها الموصى كزكاة وحج ونحو ذلك، وبحقوق العباد التى لا تعلم إلا من جهته كدين ووديعة لا يعلم بها من تثبت له وله الحق فيها ونظراً لأن الحق واجب عليه أصلاً ولم يوفيه ولم يقدر على وفائه لآى سبب إلا بطريق الوصية فتكون الوصية واجبة لأن ما لا يتأدى الواجب إلا به يكون واجباً.

٢ - وتندب الوصية فى جميع القربات لحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»^(٢). ولذلك ندبت الوصية للمال لكل من المحارم الفقراء وأهل الصلاح والتقوى وطلاب العلم الشرعى وغير ذلك.

٣ - وتحرم الوصية بالمعاصى كالوصية بخمر وبناء كنيسة ودار لهو ونحو ذلك.

٤ - وتكره الوصية لأهل الفسق والمعاصى إذا غلب على ظن الموصى صرف الموصى له للوصية فى الفسق والفجور. وأما إذا غلب على ظنه صرفها فى

(١) راجع حاشية ابن عابدين ١٢٨/٥.

(٢) ذكره فى الميراث المقارن ص ١٠٣ وقال أخرجه مسلم وغيره كما فى جواهر الأخبار والآثار ٣٠٣/٥.

المباحات وفيما يساعده على البعد عن المعاصي والتوبة الخالصة والرجوع إلى الله فإنها تكون مباحة وقد تصل إلى درجة التذنب.

٥ - وتباح الوصية في كل مباح ولو لغنى من الأقارب أو الأجانب وإن كان الأفضل في الوصية المندوبة والمباحة أن تكون لكل من لا يرث من قرابة الموصى من المحارم ثم غير المحارم ثم بالرضاع ثم بالمصاهرة ثم بالولاء ثم بالجوار كالصدقة المنجزة وهذا يؤخذ من مفهوم حديث النبي ﷺ: «أبدأ بنفسك ثم بمن تعول» وقوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله... الآية﴾.

أما حكم الوصية من حيث الصفة الشرعية لها ابتداء فقد اختلف فيه الفقهاء حسب النصوص الشرعية المتعلقة بها على النحو التالي:

١ - أولا: أنها فرض على كل من ترك مالا. وإلى هذا ذهب ابن حزم الظاهري، واستدل بقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ وبقوله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة» واستناداً إلى ما ثبت من وجوبها من صحابة النبي ﷺ فقد روى القول بوجوب الوصية عن ابن عمر وطلحة والزبير. وبهذا قال كثير من التابعين منهم عبدالله بن أبي أوفى، وطلحة بن مطرف وطاووس والشعبي^(١).

٢ - أنها واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين، وإلى هذا ذهب داود الظاهري، وحكى عن مسروق وطاووس، وإياس وقتادة وابن جرير الطبري، واستدل

(١) المحلى ٣١٢/٩ ، ٣٢٢ .

أصحاب هذا المذهب بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(١).
وبحديث النبي ﷺ عن ابن عمر الذي سبق ذكره لابن حزم: «ما حق امرئ مسلم... الحديث». حيث قالوا إن الحديث نسخ وجوب الوصية الواجبة للوالدين والأقربين مطلقًا السوارث منهم وغير الوارث إلى وجوبها لغير الوارثين منهم^(٢).

٣ - وذهب الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب المشهورة والزيدية إلى أن الوصية ليست واجبة ولا مفروضة على الموصى بعد آية الموارث التي نسخت وجوبها للوالدين والأقربين وإنما يمكن أن تعثر بها الأحكام التكليفية الخمسة حسبما يتعلق بها من قرائن وأفعال تتعلق بالموصى نفسه بناء على ما سبق ذكره وتوضيحه من قبل^(٣).

الترجيح والاختيار

والمذهب الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة وهو أن الوصية ليست بفرض ولا واجب لا للوارث ولا لغير الوارث أما للوارث فلنص القرآن والسنة بالنسبة للوارثين وأنصباؤهم وقوله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». وأما لغير الوارثين فلأن النبي ﷺ مات ولم يوص ولو كانت

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٢) المرجع السابق. والميراث المقارن ص ١٠٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٥، وجواهر الأخبار والآثار ٣٠٣/٥، وحاشية الترتيب ٣/٢، وحاشية الدسوقي ٤٢٢/٤.

الوصية فرضاً ما تركها ﷺ، وكذلك أكثر أصحابه لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لوجد النكير من القوم الذين لا يخافون في الله لومة لائم ولتقل عنهم نقلاً ظاهراً، ولكنه لم يثبت عن أحد منهم أبداً. ولأن الوصية لا تخرج عن كونها عطية في الحياة مضافة لما بعد الموت والعطية لا تجب في الحياة بلا خلاف بين الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾ فلا تجب بعد الممات من باب أولى إلا بسبب من أسباب وجوبها كما سبق بيانه في وصفها الشرعى عموماً.

ويرد على ابن حزم بتمسكه بظاهر الآية في قوله في آية المواريث: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين..﴾ بآية فرضية الميراث فيها لا يدل على فرضية الإيضاء قبل وقوعه بل غاية ما تدل عليه الآية أن الميراث يكون بعد سداد الدين وبعد إخراج الوصية إذا وقع الإيضاء بها واستوفت الوصية أركانها وشرائطها وأصبحت لازمة بالموت، وهذا رد على داود أيضاً.

ويرد عليهما في استدلالهم بحديث ابن عمر: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه» بأن هذا لا يدل على الوجوب لأنه روى في بعض رواياته: «له شيء يريد أن يوصى فيه» حيث رد الحديث الأمر إلى إرادة الموصى وهذا صريح في عدم الوجوب ويؤكد ذلك ما روى من أن ابن عمر راوى الحديث لم يوص وعمل الراوى بخلاف مرويه ينزل منزلة روايته للناسخ أو يضعف مرويه على الأقل، أو يحمل على من عليه واجب لغيره لم يؤده له كوديعة وأمانة، وأما الاستدلال بالآية: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ التي استدل بها داود فهي منسوخة بآية المواريث كما قال ابن

عباس رضى الله عنهما حيث قال نسخها قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ وقال ابن عمر رضى الله عنهما: نسختها آية الموارث. وبه قال عكرمة ومجاهد^(١).

وبيان ذلك أن الله فوض أولا فى آية البقرة من حضرته الوفاة أن يوصى للوالدين والأقربين بالمعروف دون أن يقيد سبحانه بشيء من السهام والأنصاء، ثم أنزل سبحانه آية الموارث وبين فيها السهام والأنصاء، فدل على أن الذى فوضه إليكم أولا قد تولى سبحانه بيانه بنفسه، وبذلك انتهى أمر الوصية بحصول المقصود بأقوى الطرق كما لو أمر إنسان غيره بعمل ثم تولاه هو بنفسه فإنه بذلك ينتهى حكم الوكالة وهذا لا خلاف فيه^(٢).

وعلى من قال بجواز نسخ الكتاب بالسنة تكون الآية التى أوجبت الوصية منسوخة بقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِّوَارِثٍ»^(٣).

وهو حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول. وكما يجوز أن يكون هذا الحديث أشار إلى جهة النسخ فى الآية على مذهب من يقول لا ينسخ الكتاب إلا بمثله كما قال الكاسانى من الحنفية حيث قال^(٤): فقد أشار ﷺ إلى أن الميراث الذى أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية إلى الميراث وإذا تحول فلا يبقى له حق فى الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس إلى الكعبة لم

(١) الميراث المقارن ص ١٠٥.

(٢) الألوسى ٤٧/٢، والمرجع السابق.

(٣) ذكره ابن قدامة فى المغنى ٢١/٦.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣١/٧.

يبقى بيت المقدس قبله وكالدين إذا تحول من ذمة إلى ذمة فلا يبقى في الذمة الأولى . . وهذا ما رجحه صاحب الميراث المقارن^(١) . والله أعلم .

حكم الوصية بالمعنى الثانى - وهو الأثر المترتب عليها ،

لا خلاف بين الفقهاء فى أن الحكم الشرعى للوصية بهذا المعنى الثانى إنما هو حدوث الملك للموصى له فى الموصى به وقت الموت لا وقت الوصية لأن الوصية ليست بتمليك فى الحال بل هى بتمليك مضاف لما بعد الحياة بدون عوض . كما اتفق الفقهاء على ضرورة الإيجاب بالوصية من الموصى لصحتها لأن إيجاب الموجب ركن فى الوصية بالإجماع ولكنهم اختلفوا فى القبول لها هل يعتبر شرطاً فى صحتها أو ركناً فيها أم لا على النحو التالى :

١ - جمهور الفقهاء وهم الأئمة الأربعة ومعهم أبو يوسف ومحمد والزيدية ، والمتأخرون من الإمامية يذهبون إلى أن الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء لزم بموت الموصى ولا تحتاج إلى قبول الموصى له حيث لا يعتبر القبول هنا ركناً ولا شرطاً .

وأما إذا كانت الوصية لمعين فإنها تحتاج إلى قبول ويكون القبول ضرورى لصحتها ولزومها سواء كان ركناً أم شرطاً^(٢) .

(١) ص ١٠٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٠ ، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣٠ ، وشرح الترتيب ٤/ ٢ ، وحاشية الدسوقي ٤٢٤/ ٤ ، والبحر الزخار ٥/ ٣-٣ ورياض المسائل للإمامية ٥٠/ ٢ .

٢ - وذهب زفر من الحنفية إلى أن قبول الموصى له لا يعد ركناً ولا شرطاً سواء كانت الوصية لمعين كمحمد بن فلان أو لغير معين كالفقراء والمساكين. وذلك لأن الوصية ركنها الإيجاب فقط ولا تحتاج إلى قبول^(١).

ويتفق جميع الفقهاء على أن القبول لا يلزم الفور به بعد الموت وأنه إذا حدث القبول بعد الموت تأكد صحة الوصية ولزومها ودخولها في ملك الموصى له. ولكنهم اختلفوا فيما إذا تأخر القبول بها لفترة ثم تم القبول هل العبرة بوقت القبول في الملك أم بموت الموصى أم هما معاً.

١ - المالكية ولهم في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن ملكها من حين الموت مطلقاً، والثاني من وقت القبول، والثالث اعتبارهما معاً^(٢).

٢ - جمهور الفقهاء وهو التفريق بين ما إذا كانت الوصية لمعين أو لغير معين فإن كانت لمعين لزم القبول واعتبر من وقته حتى لا يؤدي التأخير إلى ضرر الورثة ولحقه على سرعة القبول أو الرد حتى تتحدد الحقوق بالنسبة لآثار المال الناتجة عنه. أما أن كانت الوصية لغير معين فإنها تلزم بالموت ولا تحتاج إلى قبول هذا يكون المراعى في المالكية هنا وقت الموت^(٣).

الترجيح والاختيار:

والذى نميل إليه في الترجيح والاختيار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الوصية إن كانت لمعين لزم القبول لدخولها في ملك الموصى له وإن كانت لغير

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٠، والمراجع السابقة للحنفية.

(٢) الميراث المقارن ص ١٠٨، والمراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

معين فلا يلزم القبول . وذلك لأن المعين لا يدخل في ملكه إلا ما يسعى إليه ويقبله لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾^(١) . والقبول دليل على الرضا بإضافة سعى غيره إليه وهو أيضًا لقبوله سعى منه إلى اكتساب المال المعروض عليه من غيره بسبب شرعى . وإما عدم اللزوم بالنسبة لغير معين فلعدم إمكان تحققه فى الواقع واستحالته عمليًا ولأن ذلك قد يؤدى إلى الحوج بالنسبة للورثة والموصى لهم وضياع كثير من الأموال عليهم عند الانتظار لمعرفة قبولهم جميعًا وقد يفوت الحق على كثير منهم فاعتبر فى حق غير المعين رخصة قائمة على العزيمة عند ظهور الحوج فى نقلها كما هو الحال فى جميع الرخص الشرعية وذلك رافة بالفقراء غير المعينين وحفظًا لحقوقهم .

وأيضًا فإنا لو قلنا بأن الوصية تلزم مع المعين بالإيجاب فقط من الموصى بدون قبول الموصى له لاحتل الضرر مع الوصية كما فى الوصية بالعبد الأعمى أو الزمن لمعين لما يلزمه من النفقة والرعاية التى قد يعجز عنها وهذا ضرر والضرر مرفوع لانه : « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » بلا خلاف بين الفقهاء .

وبذا يتبين رجحان من قال بأن الإيجاب من المعين ركن فى تمام الوصية وصحتها كما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وجمهور الفقهاء كما هو الحال فى جميع عقود المعاملات الأخرى كالبيع وغيره .

وهناك بعض التفصيلات والتفريعات التى تتعلق بذلك من حيث الأثر المترتب على هذا الخلاف رأينا إغفاله لعدم الحاجة إليه هنا ويمكن الرجوع إليه لمن أراد من الباحثين والمشتغلين بالعلم^(٢) .

(١) الآية ٣٩ من سورة النجم .

(٢) انظر المراجع السابقة والميراث المقارن ص ١٠٦ - ١١٠ .

تنفيذ الوصية ومم تنفذ :

تنفذ الوصية التي لزمتم بعد الموت من ثلث المال الباقي بعد التجهيز وسداد الدين لا من ثلث جميع المال، وذلك لما سبق بيانه في الحقوق المتعلقة بتركة الميت وآراء الفقهاء في ترتيبها ويبان أنه القول الراجح، لأن ما تقدم من التكفين وقضاء الديون التي على الميت قد صار مصروفًا في ضروراته في حال الحياة وبعد الممات سواء أوصى أم لم يوص، فالباقي هو ماله الذي كان له أن ينصرف في ثلثه بالوصية. وأيضًا فلربما استغرق ثلث الأصل جميع الباقي بعد حقوق الميت وهذا يؤدي إلى حرمان الورثة وهذا يتعارض صراحة مع قوله ﷺ «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكسفون الناس» وذلك في سبب قوله ﷺ: «الثلث والثلث كثير» فيمن سأل النبي ﷺ في الوصية بما زاد عن الثلث.

ثم إن ذلك أيضًا قد يؤدي إلى أن يكون حق الموصى له وحده أكثر من حق الورثة جميعًا على أساس أنه لا يأخذ ما بقي من المال كله وهذا أيضًا فيه تعارض على النص التشريعي للوصية ولا اجتهاد مع النص الصريح إذا تعارض معه. والأصل أن الزيادة على الثلث متوقفة على إجازة الورثة وهم لم يجيزوا بعد فلا يثبت الملك للموصى له إلا في ثلث الباقي فقط وهذا لا خلاف فيه وفيما زاد عليه فيه الخلاف ويعاونه النصوص الشرعية الصريحة والصحيحة فيرجع ما فيه إجماع على ما فيه الخلاف ويجب العمل به شرعًا وقانونًا والله أعلم.

الوصية بأكثر من الثلث :

أجمع جمهور الفقهاء على صحة الوصية بما لا يزيد عن الثلث أجاز الورثة أم لم يجيزوا لحديث سعد رضي الله عنه: «الثلث والثلث كثير» والخبر: أن رجلاً

من الأنصار أوصى عند موته بعق ستة أعبد لا مال له غيرهم، فدعاهم النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعق اثنين وأرق أربعة^(١).

وقد حصل خلاف للفقهاء فى الوصية بما زاد عن الثلث هل تصح أم لا نظراً لتفسيرهم للنصوص التى وردت بشأن إجازة الوصية وذلك على النحو التالى:

١ - ابن حزم الظاهري : لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث مطلقاً ولو لم يكن له وارث خاص أجاز الورثة أم لم يجيزوا لحديث سعد والخبر السابق^(٢).

٢ - المالكية : وذهبوا إلى أن الوصية بما زاد عن الثلث إن كانت لأجنبى فهى باطلة ولا تلزم الورثة هذه الزيادة ولكن إذا أجاز الورثة فهى عطية منهم تحتاج إلى قبول جديد ويكفى فيه القبض من الموصى له . وفى قول ثان عند المالكية أن الوصية بما زاد عن الثلث متوقفة على إجازة الورثة إن أجازوها حكم بصحتها من وقت الإيصاء ويلزومها بعد الموت للموصى له بالقبول الأول ولا حاجة لقبول ثان منه بعد إجازة الورثة . وإن لم يجيزوا هذا الزائد بطلت الوصية به^(٣).

٣ - وذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن الوصية بما زاد عن الثلث للأجنبى إن كان له وارث خاص فهى صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة بعد الموت فإن أجازها جازت وإن لم يجيزوها بطلت^(٤).

(١) الميراث المقارن ص ١١٢ .

(٢) المحلى ٣١٧/٩ .

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٢٧/٦ .

(٤) بدائع الصنائع ٣٧٠/٧ ، وشرح الترتيب ٥/٢ ، والتفقيص ص ١٩٤ .

وأما إذا لم يكن له وارث خاص فقد ذهب الشافعية والمالكية بطلانها لعدم وجود من يجيزها لأن الحق فيها لكافة المسلمين ولا يتصور الإجازة منهم جميعاً^(١).

وقال الحنفية والحنابلة بجوازها حيث لا يحتاج إلى إجازة الإمام وإن كان نائباً عن المسلمين لأن الإذن لحق الوارث الخاص لا الوارث العام لظاهر نص حديث سعد رضى الله عنه^(٢).

الترجيح والاختيار

والذى يترجح لنا والله أعلم ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو أن الوصية بما زاد عن الثلث للأجنبى صحيحة موقوفة على إجازة الورثة إن كان له ورثة وذلك فى الزائد فقط إن أجازوها صحت وإن لم يجيزها لم تصح لحديث سعد رضى الله عنه «الثلث والثلث كثير أو كبير» ولأن الجواز متعلق بحق الورثة وهذا لا يظهر إلا عند ثبوت الملك لهم وهو لا يتحقق إلا بعد الموت وذلك استدلالاً بنفس حديث سعد فقد ورد فيه: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» حيث جعل ﷺ الحق فى هذا الزائد عن الثلث للورثة فإذا رضوا بإسقاط حقهم فيه زال المانع وجازت الوصية به وإن لم يجيزوا بطلب توقفاً بما نص عليه الحديث فى أن الحق فيه لهم.

(١) حاشية الدسوقي ٤/٤٥٨، وشرح الترتيب ٥/٢.

(٢) البدائع ٣٧/٧، والتنقيح ص ١٩٤.

مأخذ القانون :

هذا وقد أخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م بمذهب جمهور الفقهاء : الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، وهو أن الوصية بما زاد عن الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة وذلك في المادة ٣٧ من هذا القانون فقد جاء فيها: «تصح الوصية بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع بما يجيزونه».

ثم إن الذى يترجح لنا أيضًا اختياره ما قال به الحنفية، والحنابلة، من أن الوصية بجميع المال صحيحة إذا لم يكن وارث خاص للحديث السابق، وهذا ما أخذ به قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م فى المادة ٣٧ منه وفيها: «وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».

الوصية للوارث :

اختلف الفقهاء فى الوصية للوارث على النحو التالى :

- ١ - لا تصح الوصية للوارث أجاز بقية الورثة أم لم يجيزوا قوله ﷺ: «لا وصية لوارث» وإذا أجاز الورثة فتكون ابتداء عطية جديدة تطبق عليها شروطها وتحتاج إلى قبول جديد ويكفى فيه التسليم أو الأخذ أو القبول بالقول.
- والى هذا ذهب ابن حزم الظاهري، والشافعية فى قول مقابل للأظهر فى المذهب والمالكية فى المشهور عندهم^(١).

(١) المحلى ٣١٦/٩، وشرح الترتيب ٤/٢، وحاشية الدسوقي ٤٢٧/٤.

٢ - وذهب الإمامية إلى صحة الوصية للوارث وإن لم يجر الورثة^(١) لعموم قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف..... الآية﴾.

٣ - وذهب الشافعية في الأظهر عندهم، والإمام أحمد في ظاهر المذهب، والمالكية في غير المشهور إلى أن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة بعد الموت لحديث البيهقي أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة»، لأن الحديث يدل صراحة على أن الحق لبقية الورثة إن أجازوها صحت لأنهم قد رضوا بإسقاط أحقهم فارتفع المانع من جوازها وصحتها^(٢).

٤ - وذهب الحنفية إلى أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة بعد الموت حيث لا عبرة بإجازتهم عند الوصية^(٣) أما عدم جوازها عند عدم الإجازة فذلك لقوله ﷺ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» ولأن البعض يتأذى بإيثار البعض وفي تجويزها قطيعة للرحم. وأما تجويزها إذا أجازها الورثة فلأن المانع كان لحقهم وقد أسقطوا حقهم برضاهم فيزول المانع ولما روى في بعض روايات الحديث عن النبي ﷺ: «لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة»^(٤).

(١) رياض المسائل ٥٤/٢، والمختصر النافع ص ١٨٧.

(٢) شرح الترتيب ٤/٢، وحاشية الدسوقي ٤٢٧/٤، والمغنى ٦/٦.

(٣) الزيلعي وحاشية الشلبي ١٨٢/٦.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣٨/٧.

الترجيح والاختيار:

والذى نميل إليه فى الترجيح والاختيار ما ذهب إليه من قال بأن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة وهو مذهب الحنفية والأظهر عند الشافعية وظاهر مذهب الإمام أحمد وقول المالكية غير المشهور عندهم.

وذلك لأن المنع كان لحق الورثة والإجازة من حقهم أيضاً ولا حجر من الشارع عليها فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم فى المنع لغيرهم وبانتفاء المانع ينتقل الحق إلى من كان المانع سبباً فى حجبته عنه وهم هنا بعض الورثة وبذلك ترضى نفوسهم جميعاً ولا تنقطع صلة الرحم كما يدعى المانعون من جوارها للورثة لهذا السبب ولو مع الإجازة.

وأما استدلال المانعين بحديث: «لا وصية لوارث» فقد روى من طريق آخر بزيادة «ألا أن يجيز الورثة» والاستثناء من النفى إثبات. فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة. وعلى فرض عدم ثبوت هذه الزيادة فى الحديث أو عدم ثبوت صحتها فإن الحديث المتفق عليه «لا وصية لوارث» يكون معناه: لا وصية لازمة أو نافذة للوارث من غير إذن بقية الورثة وهذا التفسير لا يعارضه ظاهر الحديث ويؤيد هذا التفسير الرواية الأخرى التى وجد فيها صحتها مع الإجازة.

وأما الآية التى استدلت بها الإمامية على صحتها للوارث ولو لم يجز الورثة وهى قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَدْنَى وَالْأَقْرَبِينَ...﴾^(١). فهى منسوخة من قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ...
الآية (١). أو بآيات (٢) المواريث ويرشد لذلك حديث «لا وصية لوارث» إن لم
يكن ناسخًا لها على مذهب من لا يجيز نسخ القرآن بالسنة.

هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م بقول الشيعة الإمامية
فأجاز الوصية للوارث في حدود الثلث من غير توقف على إجازة الورثة وذلك في
المادة ٣٧ منه فقد جاء نصها على النحو التالي:

«تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره من غير إجازة الورثة».

وبذلك قد خالف القانون مذهب الأئمة الأربعة وعامة الفقهاء ما عدا
الإمامية، كما يلاحظ أن القانون أخذ بمذهب الإمامية في حدود الثلث فقط بدون
إجازة والباقي يتوقف على الإجازة مع أن الإمامية لم يذكروا هذا التقييد حيث
يجوز للوارث في أى مقدار ولو بزيادة على الثلث وفي هذا التقييد لا نجد للقانون
سندًا فقهيًا أو شرعيًا في أى مذهب من المذاهب الفقهية.

هذا وما تجب ملاحظته أنه يشترط فيمن تصح منه الإجازة لما زاد عن الثلث
في الوصية للأجنبي وللورثة ولو بالقليل منها أن يكون من أهل الإجازة وهذا لا
يتحقق إلا من أهل التبرع وهو من تحقق تمام عقله وبلوغه الشرعى سواء كان بلوغًا
طبيعيًا أم بالسن وهى على مذهب الجمهور من الفقهاء خمسة عشر عامًا كاملة
قمرية للذكر والأنثى، وعلى غير مذهب الجمهور وهو ما أخذ به القانون ثمانية
عشر عامًا للذكر وستة عشر عامًا للأنثى.

(١) الآية ٧ من سورة النساء.

(٢) الآيات ١١، ١٢، ١٧٦ من سورة النساء.

والمعتبر فى هذه الإجازة أن تكون بعد الموت فإذا تمت عند الوصية أو بعدها وقبل الموت فلا عبء بها ولا تسقط حق المجيز فى هذه الحالة من التمسك بالمنع بعد ذلك فى الوقت المعتبر لها شرعاً وهو بعد الموت^(١).

الوصية للقاتل :

اختلف الفقهاء فى الوصية للقاتل فقال بعضهم بصحتها مطلقاً وقال بعضهم بصحتها إذا علم الموصى بالقاتل ، وقال بعضهم لا تصح الوصية للقاتل مطلقاً أجاز الورثة أم لم يجيزوا علم القاتل أم لم يعلم وقال بعضهم هى موقوفة على إجازة الورثة .

فالشافعية والإمامية صححوها مطلقاً ، والمالكية صححوها مع العلم وأبطلوها مع عدم العلم من المقتول (الموصى) وقال أبو يوسف لا تجوز مطلقاً . وقال أبو حنيفة ومن وافقه هى موقوفة^(٢).

الاختيار والترجيح :

والذى نميل إليه فى الترجيح والاختيار ما ذهب إليه الإمام أبو يوسف رضى الله عنه وهو أن الوصية للقاتل لا تجوز مطلقاً علم المقتول أم لم يعلم أجاز الورثة أم لم يجيزوا بشرط أن يكون القتل مانعاً من الميراث وذلك لأن الوصية وإن كانت حقاً للموصى إلا أنها قرينة متعلقة بما بعد الموت أى بعين التركة . ولا يتصور أن تكون القرينة وسيلة إلى المعصية ولذلك يجب أن يعامل القاتل الموصى إليه بنقيض

(١) المرجع السابق ص ١١٩ ، والزيلنى ١٨٢/٦ ، وبدائع الصنائع ٣٧٠ / ٧ .

(٢) شرح الترتيب ٣/٢ ، شرائع الأحكام ج ١ ، وحاشية الدسوقي ٤٢٨/٤ ، بدائع الصنائع ٣٤٠ / ٧ . الميراث القارن ١٢٠ وما بعدها .

قصده ولو رضى الموصى لأن دفع الموت عن النفس حق الله تعالى وهو حق عام وإن كان طلب القصاص حق خالص للعبد وهذا لا يتعارض مع بقاء الحق العام لصالح الجماعة كلها وكما أن ذلك يمنع من الميراث مع الورثة وهو ثابت لهم بخلاف شرعية ثابتة. فيكون المنع فى حق الموصى له القاتل للموصى من باب أولى حتى لا يستعجل الناس الوصول إلى المال بوسائل القتل المحرمة وذلك متصور مع ضعف الوازع وقلة الإيمان ووسوسة الشيطان للوصول إلى ما هو من زينة الحياة الدنيا بطريق غير مشروع مع أنها مشروعة إذا تم الوصول إليها بالوسائل الشرعية التى حددها الله لنا وبينها فى قوله: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ (١).

وقد أخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م بما رأيناه راجحاً فلم يجرز الوصية للقاتل كما لم يجرز للقاتل الميراث من الوارث وهذا ما نصت عليه المادة ١٧ السابعة عشرة من القانون المشار إليه ونصها: «يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى، أو المورث عمداً سواء كان فاعلاً أصلياً، أم شريكاً، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة وبعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى». وهذه المادة تتفق والمادة الخامسة من قانون الموارث.

(١) الآية رقم ٤٦ من سورة الكهف.

الوصية الواجبة

المراد بالوصية الواجبة هنا الوصية الواجبة بحكم قانون الأحوال الشخصية للمسلمين المتعلق بالميراث والوصية نظراً لأننا قد بينا آراء الفقهاء فى حكم الوصية عمومًا من حيث وصفها الشرعى ومن حيث الأثر المترتب عليها وبيننا أن الرأى الراجع فيها الجواز والمشروعية أصلاً وأنها لا تجب إلا بسبب يوجبها يعلم من جهة الموصى فى حياته وأن الوصية للأجنبى صحيحة فى حدود الثلث ولو بغير إجازة الورثة وفيما زاد على الثلث متوقفة على إجازتهم وكذلك تصح للورثة مع إجازة الورثة بعد الموت .

وقد بينا أن بعض الفقهاء أوجبوا الوصية للأقربين مطلقاً وبعضهم أوجبها للأقربين الذين لا يرثون وبهذا الرأى أخذ القانون وسماها قانون الوصية الواجبة حيث أوجب لفرع الوارث الذى مات فى حياة أبيه وصية واجبة تقدر بنصيب أبيه فى حدود الثلث بشرط ألا يكون المورث قد أوصى لهم بمثل ما أوجبه لهم القانون أو بمقدار نصيب أبيهم . وقد أوجبها القاتون كالميراث ولذلك فهى لا تتوقف على إجازة الورثة وتقسم قسمة الميراث لمن تجب لهم للذكر ضعف الأنثى .

وقد أشبهت هذه الوصية الواجبة الميراث فى أنها تقسم قسمته وفى أنها لا تتوقف على إذن الموصى ولا على إرادته فى حياته .

وتخالف الوصية الواجبة الميراث فى أنه يغنى عن الوصية ما أعطاه الجد فى حياته للفرع ولا يغنى عن الميراث مع من يرث، وفى أنها وجبت تعويضاً لهم عما فاتهم بخلاف الميراث للورثة فإنه وجب ابتداء لهم . وفى أن كل فرع فى الوصية الواجبة يحجب فرعه دون فرع غيره بخلاف الميراث فإن الأهل فيه يحجب فرعه وفرع غيره .

ونظراً لشبه الوصية الواجبة بالميراث فقد قدمت على الوصية الاختيارية ونظراً لشبهها بالوصية الاختيارية من حيث الحكم الأصلي لها فقد تقدمت على الميراث ولكن في حدود الثلث فقط فإن تراخمت معها الوصية الاختيارية قدمت عليها وإلا نفذاً جميعاً.

وبهذا يكون مستند القانون في وجوبها مذهب داود الظاهري حيث أوجبها للأقربين الذين لا يرثون وحكى هذا عن مسروق، وطاووس وإياس، وقتادة وابن جرير^(١).

مبدأ العمل بالوصية الواجبة :

صدر قانون الوصية الواجبة رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥هـ الموافق ٢٤ يولية سنة ١٩٤٦م ونشر بالوقائع المصرية العدد رقم ٦٥ في يوم الإثنين الموافق ٢ من شعبان ١٣٦٥هـ - يوليو سنة ١٩٤٦م على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره وقد عمل به فعلاً من أول أغسطس سنة ١٩٤٦م^(٢).

وقد بينت المادة رقم ٧٦ الوصية الواجبة لفرع الولد وبينت المادة رقم ٧٧ حكم وصية الوارث في حياته بوصية اختيارية للفرع الذي يتعلق به الوصية الواجبة. وبينت المادة ٧٨ ترتيب الوصية الواجبة بالنسبة للمحقوق المتعلقة بالتركة.

(١) سبق معرفة دليلهم مع آراء المذاهب الفقهية جميعاً وأدلتهم في ذلك.

(٢) الميراث المقارن ص ١٢٣.

بيان من لهم الوصية الواجبة في القانون:

الوصية الواجبة تكون لفرع الولد الذي يموت في حياة أبيه أو أمه حقيقة أو حكمًا، وهو المفقود الذي حكم بموته، أو يموت معهم ولو حكمًا كالغرقى والهدمى، فإن على كل من الجدة والجددة أن يوصى للفرع بقدر ما كان يستحقه هذا الولد من التركة لو كان حيًا عند موته.

فإذا لم يوص كانت الوصية واجبة لفرع هذا الولد، يحكم القانون بقدر هذا النصيب ولا تزيد على الثلث وإن كان نصيبه أكثر من الثلث بشرط أن يكون الفرع غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض قدر ما يجب له في حياته أو بوضعية اختيارية بعد وفاته.

والمواد ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩ من القانون تنظم أحكام هذه الوصية على

النحو التالي:

مادة ٧٦ :

إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكمًا بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثًا في تركته لو كان حيًا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث، كما لو كان أصله أو

أصوله الذين يدل بهم إلى الميت ماتوا بعده، وإن كان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات.

مادة ٧٧ :

إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله، وإن أوصى لبعض من وجبت له الوصية، دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه، ويؤخذ نصيب من لم يوص له، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث، فإن ضاق عن ذلك فممنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة ٧٨ :

الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا فإذا لم يوص الميت لمن وجبت له الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجب له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة، إن وفى وإلا فممنه ومما أوصى به لغيرهم.

مادة ٧٩ :

فى جميع الأحوال الميينة فى المادتين السابقتين يقسم ما بقى من الوصية الاختيارية بين مستحقها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية.

المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م

وضعت هذه المواد ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩ لتلافي حالة كثرت منها الشكوى، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولا حكمًا كالغرقى والهدمى والحرقى، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت، وقد يكونون فى عياله بموتهم، وأحب شىء إلى نفسه أن يوصى لهم بشىء من ماله، ولكن المتية عاجلته فلم يفعل شيئًا. أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية.

وقد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين، ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم، فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث.

وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور، وهم من لا ينسبون إلى الميت بأنثى، وإن نزلت طبقاتهم، والأصل يحجب فرعه، دون فرع غيره، ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو ابنته على من يوجد من فروعه، قسمة الميراث، كما لو كان أصولهم الذين يتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين.

ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا، أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية، فلو خلف الميت ابنًا وبنات وبنات بنات

ماتت فى حياتها، وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً، غير مرتين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت، قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية، وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث، فيكون لهما الثلث، يقسم بينهما قسمة الميراث، للبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوى، وثلثاه للابن، يعطى لفرعه، ولو أن أباه مات قبل جده.

١ - والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين، مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث. ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصرى، وطاووس، والإمام أحمد، وداود الظاهري، وإسحق بن راهويه، وابن حزم^(١).

والأصل فى هذا قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٢).

٢ - والقول بإعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين، على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص بها. مذهب ابن حزم

ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين، ورواية فى مذهب الإمام أحمد.

٣ - وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين فى المادة ٧٦، وتحديد السواجب لهم، بمثل نصيب أبيهم، أو أمهم، فى حدود الثلث مع

(١) الميراث المقارن ص ١٢٦.

(٢) الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

تقسيمه بينهم قسمة الميراث، مبنى على مذهب ابن حزم، وعلى القاعدة الشرعية^(١) التى سبق شرحها فى المادة الثانية.

فالجزء الواجب إخراجه يجوز فى مذهب ابن حزم أن يحدده الموصى أو الورثة، بمثل نصيب الأب، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر.

كذلك يجوز فى مذهبه، أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر، وحيث أن يكون لولى الأمر أن يتدخل، ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور فى المادة، ويأمر بإعطائهم جزءاً من التركة، هو نصيب أصلهم فى الميراث لو بقى حيا (مادة ٧٦).

والآية الكريمة ظاهرة فى أن الوصية الواجبة للأقربين هى الوصية بالمعروف وكلمة المعروف فى القرآن الكريم، يراد منها ما تظمن إليه النفوس والقطر، ولا تنبو عنه المصلحة، وهو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط.

فإذا نقصوا أحداً ما وجب له، أو لم يوصوا له بشيء، ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف (مادة ٧٧).

(١) القاعدة الشرعية هى: أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومنى أمره به وجبت طاعته، وفى رأى بعض الفقهاء أمره ينشأ حكماً شرعياً، فعقد الوصية وهو من عقود التبرعات يجوز أن يكون بإشهاد كتابى، ويجوز أن يكون بإشهاد شفعوى، وإذا رأى ولى الأمر أن يكون بإشهاد كتابى على الوجه المبين فى المادة، وأمر به نشأ بأمره حكم شرعى يجب على الكافة أن يعملوا به وإلا كانت وصاياهم مردودة ١ هـ. من المذكرة الإيضاحية للمادة (٢) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م نقلاً عن الميراث المقارن ص ١٢٧.

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وما روى عن طاوس^(١).

والمراد بغير الوصية الواجبة للأقربين الوصايا الاختيارية، ولو كانت وصية يفرض أو بواجب آخر، وسواء أكانت لجهة أم لأشخاص (مادة ٧٨).

طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة

أشار القانون إلى طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة، في المادة (٧٦) منه، فقال: «إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته، أو مات معه ولو حكمًا بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثًا فى تركته ولو كان حيًا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث» فإن ذلك صريح فى أن الفرع يأخذ مقدار ما كان يأخذه أصله لو كان حيًا، فلا يأخذ أكثر من أصله بأية حال، ولا يأخذ ما يأخذه من يساوى أصله من الورثة، لأن الصلة التى عقدها القانون هى بين هذا الفرع وبين أصله، لا بينه وبين من يساوى أصله، لأنه نص على إعطائه ما كان يستحقه أصله، ولم ينص على مساواته بمن يساوى أصله، وعلى ذلك لا يوجد لاستخراج مقدار الوصية الواجبة تطبيقًا لنص هذا القانون وروحه، إلا طريقة واحدة تتكون من ثلاث خطوات وهى :

أولاً : أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أحد أبويه، حيًا وارثًا وتقسم التركة عليه وعلى الورثة الموجودين، كما لو كان الجميع أحياء، ليعرف مقدار نصيبه لو كان موجودًا.

(١) الميراث المقارن ص ١٢٨.

ثانياً : أن يخرج من التركة هذا القدر كما هو إن كان يساوى الثلث فأقل ، وإن كان يزيد على الثلث ، رد إلى الثلث ، لأن الوصية لا تزيد على الثلث ، وإنما أخرج أولاً ، لأن الوصية مقدمة على الميراث ، ويقسم هذا المقدار على أولاده قسمة الميراث ، للذكر ضعف الأنثى .

ثالثاً : يقسم الباقي بعد إخراج مقدار الوصية الواجبة على الورثة الأحياء بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذى فرض حيّاً ، لأن هذا المقدار هو الميراث للأحياء ، ويعطى كل وارث حقه كما هو الشأن فى تقسيم التركات بعد إخراج الوصايا منها .

ولا يدخل فى قسمة تركة الميت الذى وجبت الوصية فى تركته ، أولاده الذين ماتوا قبله ، وليس لهم عقب ، أو أعقبوا من لا يستحق الوصية .
وإذا تعددت الطبقات فيرث كل طبقة فرعها ، ويحجب كل أصل فرعه لا فرع غيره .

وهذه الطريقة هى التى سارت عليها دار الإفتاء ، وقضت بها محاكم الأحوال الشخصية ، وقد رأت لجنة الفتوى بالأزهر^(١) . وجوب اتباعها فأصدرت قراراً بذلك فى ١٤ من رجب سنة ١٣٧٩هـ ، الموافق ١٣ من يناير سنة ١٩٦٠م .

(١) هذه اللجنة هى التى صدر بها قرار فضيلة الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر رقم ٦٦٤ فى ٢٧ من جمادى الآخرة سنة ١٣٧٩هـ الموافق ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٥٩م وبأشرت عملها فى ٤ من يناير سنة ١٩٦٠م وهى مكونة من السادة الاساتذة الآتية أسماؤهم بعد على حسب ترتيب القرار :

- ١ - الشيخ السنوسى أحمد يوسف المالكى الأستاذ بكلية أصول الدين .
- ٢ - الشيخ محمد عبدالرحيم الكشكى الحنفى الأستاذ بكلية الشريعة .
- ٣ - الشيخ علي عبدالمجيد سالم الحنبلى الأستاذ بكلية الشريعة .
- ٤ - الشيخ محمود عبدالدائم عبدالدائم الشافعى الأستاذ المساعد بكلية الشريعة ويتولى سكرتارية اللجنة الشيخ مصطفى عبدالحال الشافعى الأستاذ المساعد بكلية الشريعة .

ولتوضيح هذه الطريقة نذكر مثالين محلولين على نظامها، أحدهما فيما إذا كان نصيب المتوفى ثلث فأقل، فإنه يخرج كاملاً، والثاني فيما إذا كان نصيبه أكثر من الثلث فإنه يرد إلى الثلث.

المثال الأول :

توفى رجل عن زوجة وابنين وابن ابنة المتوفى فى حياته، وترك ٢٤ فدائاً. فيفرض الابن المتوفى قبله حياً، ولمعرفة مقدار نصيبه تقسم الشركة على الزوجة، وعلى الثلاثة الأبناء، فيكون نصيب هذا الابن المفروض حياً بعد ثمن الزوجة ٧ أفدنة فيخرج هذا القدر كاملاً، لأنه أقل من الثلث وقبل الميراث لأن الوصية قبله ويعطى هذا المقدار لابن الابن على أنه وصية واجبة، والباقي بعد هذا النصيب هو ١٧ فدائاً هو الميراث. للزوجة ثمنه فرضاً والباقي للابنتين الموجودين تعصياً.

المثال الثانى :

توفيت سيدة عن ابن وبنت وابن ابنتها المتوفى قبلها وتركت ٦٠ فدائاً. فيفرض الابن المتوفى قبلها حياً، ولمعرفة مقدار نصيبه تقسم الشركة عليه وعلى أخيه وأخته الموجودين، فيكون نصيبه ٢٤ فدائاً، وهو أكثر من الثلث. فيرد إلى الثلث، وهو ٢٠ فدائاً، فيخرج هذا المقدار قبل الميراث ويعطى لابن الابن على أنه وصية واجبة، والباقي بعد الوصية ٤٠ فدائاً هو الميراث. للابن والبنت الموجودين تعصياً، يقسم بينهما للذكر ضعف الأنثى.

تراحم الوصايا :

الوصايا لا تراحم إلا إذا كثرت ولم يف المال بتنفيذها. سواء أكان هذا المال الذى يخصص لتنفيذها الثلث، أو الأكثر منه وأجازت الورثة.

والوصايا إما أن تكون من بينها وصية واجبة بمقتضى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م، أو لا يكون من بينها وصية واجبة بمقتضى هذا القانون فإن كانت من بين الوصايا وصية واجبة بمقتضى القانون فإن وسع الثلث جميع الوصايا نفذت كلها ولا تراحم، وإلا نفذت الوصية الواجبة بحكم القانون وفقى المادة (٧٨) الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا فإن لم يبق شيء من الثلث بطلب هذه الوصايا، إلا إذا أجازها الورثة من أكثر من الثلث.

وإن لم تكن بينها وصية واجبة أو بقى لها شيء من الثلث بعد الوصية الواجبة أو أجاز الورثة إخراجها من أكثر من الثلث فإن وسعها المال المخصص لتنفيذ الوصايا نفذت كلها ولا تراحم، وإن لم يسعها تراحم، وفي حالة هذا التراحم إما أن تكون الوصايا كلها للعباد، أو تكون كلها لله تعالى، أو يكون بعضها للعباد وبعضها لله تعالى.

فإذا كانت كلها للعباد قسم المال بينهم بالمحاصة على نسبة سهام وصاياهم، إلا أنه إذا كان لأحدهم وصية بعين، فإنه يأخذ سهمه من تلك العين، لا من غيرها^(١).

وإن كانت كل الوصايا لله تعالى، فأسما أن تكون كلها من نوع واحد بأن كانت كلها بالفرائض، كالزكاة والحج أو كانت كلها بالواجبات، كصدقة الفطر والأضحية والنذر أو كانت كلها تطوعاً كحج التطوع، وبناء المسجد والمستشفى والصرف على الفقراء، وإما أن تكون من أنواع مختلفة بأن كان بعضها بالفرائض وبعضها بالواجبات، وبعضها بالتطوع.

(١) الميراث المقارن ص ١٣١ وما بعدها.

فإن كانت كلها من نوع واحد كالفرائض مثلاً، قسم المال المخصص لتنفيذها بينها بالمحاصة على نسبة سهامها إذا كانت سهامها معلومة مختلفة، كالربع والثالث مثلاً، وإن لم تذكر سهامها يقسم المال بينها بالتساوى، وقيل تقدم الزكاة على غيرها لتعلق حق العبد بها مع حق الله تعالى، والباقي بعد الزكاة يتبع فيه المقاسمة بالمحاصة على نسبة سهامها إذا علمت سهامها، أو بالتساوى إن لم تعلم السهام، وقيل إذا كانت كلها نوافل يقدم ما قدمه الموصى^(١).

وإن كانت الوصايا من أنواع مختلفة قدمت الفرائض، ثم الواجبات ثم ما كان بالتطوع، فإذا استنفدت الفرائض المال كله بطلت الوصايا الأخرى وإن بقي شيء صرف لما بعد الفرائض وهكذا في كل نوع مع ما بعده.

وكل نوع يقسم ما يخصه بينه بالطريقة السالفة فيما إذا كانت كل الوصايا من نوع واحد.

وإن كانت الوصايا بعضها للعباد وبعضها لله تعالى قسم المال بينهما بالمحاصة ثم قسم ما يخص العباد بالمحاصة بين وصاياهم وما يخص الله تعالى يتبع فيه ما اتبع في الوصايا التي كانت كلها لله تعالى، في حالة ما إذا كانت كلها من نوع واحد وفي حالة ما إذا كانت خليطاً من أنواع مختلفة^(٢).

وقد أخذ القانون بهذا وهو القسمة بالمحاصة بين وصايا العباد وهي طريقة العول المعمول بها في الميراث وذلك في المادة (٨٠) منه، ونصها: «إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة، وكانت التركة لا تفي بالوصايا، أو لم

(١) الميراث المقارن ص ١٣٢.

(٢) المرجع السابق.

يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة، أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين».

كما أنه أخذ القانون في الوصايا بالقربات بما قدمناه فيما إذا كانت كلها من نوع واحد أو كانت من أنواع مختلفة، إلا أنه لم يقدم الزكاة على غيرها، وذلك في المادة (٨١) منه ونصها: «إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ما تنفذ منه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق، وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل».

الحق الرابع (الإرث)

تمهيد :

الإرث هو خلافة المتنى إلى الميت الحقيقى، أو الحكمى بنسب أو بسبب حقيقة أو حكماً^(١)، فى ماله وحقه القابل للخلافة، فهو من الأسباب الناقلة للملكية بطريق الخلافة، وهو خلافة إجبارية، فإن خلافة الوارث عن الموروث تثبت بحكم الشرع جبراً عنهما ولا تتوقف على إيجاب من المورث ولا على قبول من الوارث كما أنه لا يرتد بالرد^(٢).

المبحث الأول

وقت تعلق الإرث بالتركة

لا يلزم من كون الإرث رابع الحقوق المتعلقة بالتركة، ولا من تأخير الكلام عليه، أن يكون تعلقه بالتركة بعد تعلق الحقوق الثلاثة المذكورة قبله، بل قد يكون تعلقه مع تعلق بعضها كالدين، وقد يسبق بعضها كالوصية، وإنما الذى يتأخر عن هذه الحقوق الثلاثة مطلقاً، هو قسمة التركة بين الورثة، لأن هذه القسمة لا تكون عند الجمهور والحنفية إلا بعد التجهيز وسداد الدين وإنفاذ الوصية.

والذى فهمته من كلام المتقدمين من الحنفية، والمتأخرين منهم أن الإرث له بالتركة تعلقان: الأول: يكون من أول مرض الموت، والثانى: يكون فى آخر جزء

(١) وإنما قيدنا النسب والسبب بقولنا أو حكماً ولم نكتف بقولنا حقيقة ليتناول النسب والنكاح والولاء الثابتة بإقراره أو بالبينة أ هـ.

(٢) حاشية الفناى على السيد على السراجية ص ٤٠ والميراث المقارن ص ١٣٤.

من أجزاء الحياة أو بعد هذا الجزء، بأن يكون مع الموت أو بعده، لأنهم تكلموا على تعلقه فى مرض الموت، وعلى تعلقه فى آخر جزء من أجزاء الحياة، أو مع الموت أو بعده^(١).

فأما تعلقه الأول، وهو الذى يكون من أول مرض الموت، فقد اختلف فيه، هل هو تعلق بمالية التركة، أم بذاتها؟

قال صاحبان : إنه متعلق بالمالية، أى بقيمة التركة التى يقومها بها المقومون وأهل الخبرة، ولا يتعلق بعين التركة، فيصح بيع المريض بمثل القيمة للأجنبى وللوارث، لأنه ليس فى تصرفه إبطال حق الورثة عن شىء مما يتعلق به حقهم، وهو المالية، فكان الوارث الأجنبى فيه سواء.

وقال أبو حنيفة: أنه يتعلق تارة بالمالية، وتارة بعين التركة، فإذا كان تصرف المريض مع غير وارث، كان تعلق حقهم بالمالية، ولذا جاز له أن يبيع للأجنبى بمثل القيمة، لا بأقل، وإذا كان تصرفه مع وارث، فإن حقهم يتعلق بعين التركة، فلا يؤثر أحداً بشىء منها، ولو بالبيع له بمثل القيمة، لأن الإيثار كما يكون بالعطاء بغير عوض يكون بما يختار له من الأعيان، ولو كان بمثل القيمة^(٢).

وبالموازنة بين قول الصحاحين وقول الإمام نرى أن الراجح قول الإمام عملاً بقاعدة المذهب الحنفى، وهى أنه إذا لم يذكر ترجيح، فالراجح قول الإمام، ولأن تفصيل الإمام أنسب لأنه إذا كان تصرف المريض مع غير الوارث، فالعبرة فيه

(١) الميراث المقارن ص ١٣٤.

(٢) يراجع كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول فخر الإسلام على البزدوى ١٢٤٩/٤ وقد اكتفى فى السراجية بقول الصحاحين ولم يذكر خلاف الإمام كما فى الميراث المقارن ص ١٣٥.

بحفظ حق الورثة فى المالىة، ولا ضرر عليهم فى عدم تعلق حقهم بعين التركة، لأن تصرفه بالبيع للأجنبى يمثل القيمة مثلاً لا يمر حق القيمة، لا بأقل، وأما إذا كان تصرفه مع وارث فإن حق الورثة أظهر فى التعلق بعين التركة، لأن هذا التعلق يمنع من إيثار بعضهم، ذلك الإيثار الذى يؤدى إلى الحقد والحسد، ويسير فى نفوسهم الضغينة والبغضاء وقد نهى الله عن ذلك.

هذا وقد أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، الوصية للوارث كالأجنبى، فسوى بينهما وأجاز محابة الوارث، وإيثاره بشىء من عين التركة، فقد أجاز أن يوصى بتقسيم التركة، وتخصيص نصيب لكل فرد، وذلك فى المادة (١٣) منه، وهذا نصها: «تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاء الموصى، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة، كانت الزيادة وصية».

وكما اختلف الحنفية فى كون حق الورثة فى مرض الموت متعلقاً بماليتها التركة، أم بعينها، اختلفوا فى نوع هذا الحق، هل هو حق ملكية أم هو مجرد الحق فى الخلافة؟

١ - قال المتقدمون منهم: هو حق ملكية، ويستدل لهم بقوله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم فى آخر أعماركم» فإنه يدل على أن ملكية التركة قد زالت عن المورث، فى الثلثين إلى وارثه، ولم تبق له إلا فى الثلث الذى تصدق الله به عليه، وبدلالة الإجماع على أن تبرعه فى مرض الموت لا ينفذ إلا من الثلث، ولو كان ملكه فى الثلثين باقياً لنفذ تبرعه بالأكبر من الثلث، ولكن هذه الملكية لا تظهر إلا بعد الموت، فعدم نفاذ

تبرعه بالزيادة على الثلث، دليل على زوال ملكيته ولا تزول ملكيته إلا إلى مالك وهو الورثة لأنهم خلفاؤه^(١)، قال الزيلعي: «لأن الوارث خليفة الميت، حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغروراً بشراء المورث»^(٢) أهـ.

٢ - وقال المتأخرون منهم: أن حق الوارث في مرض الموت هو مجرد حق في الخلافة، صيانة لثلثي التركة له، وهذا الحق يمنع المريض من التصرف فيه بعد الموت، ولذا لا تنفذ وصيته بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، والدليل على أنه مجرد حق هو الإجماع على أن تبرعه في مرض الموت لا ينقض في حياته، ولكن ينقض بعد موته، ولو كان لهم ملكية قبل الموت لكان لهم نقضه، ولأنه لو كان حق ملكية لمنع من الميراث من كان غير وارث وقت مرض الموت بمنع كالكفر مثلاً ثم أسلم قبل الموت مباشرة، مع أنه يرث بالاتفاق، فلو كانت الملكية ثابتة للورثة من أول مرض الموت لما ورث، لأن باقي الورثة قد ملكوا الميراث وزالت ملكيته عن المورث الأصلي^(٣).

وبالموازنة بين ما ذهب إليه المتقدمون من الحنفية، وما ذهب إليه المتأخرون منهم، يظهر وجاهة قول المتأخرين، وهو أن حق الورثة من مرض الموت ليس حق ملكية، وإنما هو مجرد حق في الخلافة وذلك لقوة حاجتهم ولأنه لم يعهد في

(١) يراجع البدائع ٢١٨/٣، ٢١٩، والميراث المقارن ص ١٣٦.

(٢) الزيلعي ٦/ ٢١٠ وبهامشه: قال الشلبي: يعني لو اشترى رجل جارية، ثم مات واستولدها وارثه، ثم استحققت الجارية، فإنه يتمكن من الرجوع على بائع الميت ويكون الولد حراً، ولو لم يكن خليفة الميت لما ثبت له ولاية الرجوع على بائع الميت. كما في الميراث المقارن ص ١٣٦.

(٣) الميراث المقارن ص ١٣٧.

الشرع، أن يكون الشيء الواحد ملكًا لشخصين في وقت واحد ملكًا خالصًا لكل منهما وأن ثبوت مجرد الحق في الخلافة ثابت ضرورة لحفظ حق الوارث في الثلثين، وفي جواز أن يتقضى بعد موت المورث تصرفاته في مرض موته، وما كان للضرورة يقدر بقدرها لا يعدوها، فلا يكون ملكًا، لأن مجرد الحق في الخلافة، كاف لحفظ حقه في الثلثين، وفي جواز نقضه لتصرفات المورث بعد موته^(١).

وما احتج به المتقدمون من الحديث، وعدم نفاذ تبرعه، وكون الوارث خليفة الميت، لا يدل على الملكية، لأن عدم تصرفه في الثلثين، وعدم نفاذ تبرعه لتعلق هذا الحق به، وثبوت خلافته عن الميت بالرد بالعيب والرد به عليه لهذه الخلافة التي توجت بالملك بالوفاة ولو كانت له ملكية لكانت له ولاية معه حال حياته، ولم يقل أحد به، وما ذلك إلا لأنه لا ملك له مع وجوده، بل هو مجرد حق في الخلافة وأما التعلق الثاني للإرث بالتركة، وهو ما يكون في آخر جزء من أجزاء الحياة، أو بعد هذا الجزء فهو حق ملكية، ولكن اختلف في تعيين وقت هذا التعلق بالتركة، وفي أن يمنع هذه الملكية، أم لا؟

قال الشافعية: الإرث يتعلق بالتركة وقت الموت، لا قبله، ولا بعده، بل هو مقارن للوفاة، لأن الوارث خليفة الميت، فيقترن ملك الخليفة بزوال ملك من يخلفه، حتى لا يبقى الشيء المملوك بلا مالك.

ولهم في كون الدين يمنع من الملكية، أم لا، ثلاثة أقوال: قال في شرح الترتيب^(٢): «وهل يمنع الدين الإرث أم لا، أقوال: والأصح لا يمنعه، فتستقل

(١) الميراث المقارن ص ١٣٧.

(٢) ج ١ ص ٩ وتراجع حاشية الحضري على شرح الشنشوري على الرحية ص ٤٠.

التركة إلى ملك الوارث مشغولة بالدين والثانى: يمنعه فلا تنتقل إلى ملكه، والثالث: موقوف، فإن برئ من الدين تبين أن الملك للورثة، وإلا تبين أنهم لم يملكوها» اهـ.

وقد وافق الشافعية على القول الأصح، بعض الحنابلة، ففى شرح منتهى الإرادات: «أن الدين الذى على ميت سواء أكان لله كالزكاة، أو لأدمى، لا يمنع من انتقال التركة إلى ملك ورثته، وذلك لأن تعلق الدين بالتركة لا يزيل ملك مالكيها، وهو حى، فكذلك لا يمنع من انتقال هذا الملك للوارث، متى جاء سببه وهو وفاة مورثه»^(١).

واختلف الحنفية فى وقت هذا التعلق، هل هو فى آخر جزء من أجزاء الحياة، أو بعد هذا الجزء، بأن يكون مع الموت، أو بعده؟

قال محمد: هو قبل موته فى آخر جزء من أجزاء الحياة، وهو قول زفر ومشايخ العراق، لأن الإرث يجرى بين الزوج والزوجة، والزوجية ترتفع بالموت، أو تنتهى على حسب ما اختلفوا، فبأى سبب يجرى الإرث بينهما.

وعند البعض يجرى الإرث مع موت المورث. لا قبله، ولا بعده، وقد اختار شارح الفرائض العثمانية، لأن انتقال الشيء إلى ملك الوارث مقارن لزوال ملك المورث عن ذلك الشيء، فحين يتم الزوال يحصل الانتقال والإرث، لأن الشيء المملوك لا يبقى بلا مالك، وهذا القول موافق لقول الشافعية حكماً وتعليلاً.

وقال أبو يوسف، وهو قول لمحمد: يثبت الإرث بعد الوفاة، وعليه مشايخ بلخ، لأنه مالك لجميع أمواله ما دام حياً، فلو ملكها الوارث فى هذه الحالة، أدى

(١) نقلاً عن الميراث المقارن ص ١٣٨.

إلى أن يصير الشيء الواحد مملوكًا لشخصين في وقت واحد، ملكًا خالصًا لكل منهما، وهذا غير معهود في الشرع، لكن عند محمد ملك الوارث يتعقب الموت، وعند أبي يوسف لا يتعقبه، بل يتحقق إذا استغنى الميت عن ماله، بتجهيزه، وسداد ديونه، لأن كل جزء يجوز أن يكون محتاجًا إليه، بتقدير هلاك الباقي^(١).

ومع اختلاف الفقهاء في تعيين هذا الوقت، فقد اتفقوا على أن هذه الخلافة خلافة تامة، أي خلافة ملك إذا كانت التركة خالية من الدين، ففي هذه الحالة ينفرد بها الوارث، ويتصرف فيها كما يشاء. وأما إذا كان على التركة دين، فقد اختلفوا في هذه الخلافة.

قال الجمهور منهم: إن الدين يمنع من الملكية، فهي خلافة ناقصة، لا ملك فيها إذا كان الدين محيطًا بالتركة، لأن الدين المحيط يمنع ملك الوارث، وتكون التركة باقية على ملك الميت حكمًا، متعلقًا بها حق الغرماء، لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ فإنه يدل على أن الميراث بعد الدين، لا يتقدم عليه ولأن الوارث إنما يكون خليفة الميت في غير المشغول بحاجته، وأما المشغول بحاجته كالدين، فلا يخلفه في ملكيته، بل الميت مالك له حكمًا، لأنه مشغول بحاجته، فلا يثبت للوارث إلا مجرد الخلافة، لا حقيقة الملك، بحيث يصح له أن يبقى التركة، ويستخلصها لنفسه، ويقضى ما عليها، وليس للدائن أن يرفض أو يعترض.

وإذا كان الدين غير محيط بالتركة، فيمنع الملكية والمشغول بالدين ولا يمنعها في الجزء الذي لا يقابله الدين.

(١) حاشية الفتاوى على شرح السيد على السراجية ص ٤٠، ٤١، بنوع من التصرف. والميراث المقارن ص ١٣٩.

وقال بعضهم: القياس يمنع من دخول شيء من التركة في ملك الوارث، لأن كل جزء من أجزائها مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء فصار كالدين المستغرق، والاستحسان لا يمنع، لأن الإنسان لا يخلو من دين قليل، فلو منع الدين غير المستغرق تملك الورثة أدى إلى الحرج أو إلى أن لا يملكوا أصلاً، فقلنا: أنهم يملكون دفعاً للضرر عنهم، وإذا أرادوا القسمة فلهم ذلك استحساناً ويرفعون من التركة قدر الدين، ويترك حتى يقضى به الدين كي لا يحتاجوا إلى نقض القسمة^(١) اهـ.

وقال الإمام أبو حنيفة في قوله الآخر: الدين لا يمنع ملك الوارث بأي حال، أي ولو كان مستغرقًا للتركة، قال في المبسوط^(٢) «الدين إذا كان محيطًا بالتركة، وإن لم يكن محيطًا فكذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله - الأول، وفي قوله الآخر: لا يمنع ملك الوارث بحال، لأنه يخلف المورث في المال والمال كان مملوكًا للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون، فكذلك يكون ملكًا للوارث» اهـ.

وعلى هذا يتضح بالنسبة لوقت ملكية الوارث وفي كون الدين يمنع هذه الملكية أم لا بأننا أمام نظريتين شرعيتين:

النظرية الأولى: نظرية جمهور الحنفية وبعض الحنابلة وقد وافقهم

المالكية وهي: أن الوارث يملك بمجرد الوفاة، وأن الدين يمنع ملكيته في المشغول به لأن الموت وإن كان سبباً للتوريث وملك الوارث، إلا أن الدين مانع من هذه

(١) يراجع الزيلعي ٢/٥، والميراث المقارن ص ١٤٠.

(٢) للسرخسي ١٣٧/٢٩، والميراث المقارن ص ١٤٠.

الملكية، فلم يعمل السبب عمله، ولا يملك إلا الجزء الذي لا يقابله الدين، وأما المشغول به سواء أكان كل التركة، أم بعضها، فإنه يبقى على حكم ملك الميت، لأن له ذمة تبقى إلى أن تسدد ديونه، ويستغنى عن مالك استغناء تاماً^(١).

النظرية الثانية: نظرية الشافعية، وهي القول الأصح عندهم، وقول البعض من الحنفية، والقول الآخر للإمام أبي حنيفة، وهي أن الوارث يملك بمجرد الوفاة وأن الدين لا يمنع ملك الوارث بأي حال، ولو كان مستغرقاً للتركة كلها، لأن الموت سبب للتوريث، والمسببات لا تتأخر عن أسبابها إلا لمانع، وعلى ذلك يثبت ملك الوارث بالوفاة، لتحقيق السبب وهو الوفاة، وقد انتفى المانع، لأن تعلق الدين بالتركة غير مانع، لأن هذا التعلق للاستيثاق كالرهن، والرهن لا يمنع ملكية المدين للعين المرهونة، فكذلك الدين لا يمنع ملكية الوارث، لأن الاستيثاق حاصل بتبع التركة، فكل جزء من الدين يتبع الجزء الذي يقابله من التركة، وهذا قول من الشافعية بتجزؤ الضمان^(٢).

ومن ثمرة اختلاف النظريتين:

١ - على نظرية الشافعية ومن وافقهم، تكون المنافع الحاصلة بعد الموت، وقبل سداد الدين، كالنماء، والغلات، ملكاً للورثة، لأنها ثمرة ملكهم، ولا يتعلق بها حق الدائنين، لأن دينهم تعلق برقبة التركة، لا بمنافعها، وعلى نظرية جمهور الحنفية تكون تابعة للتركة، يتعلق بها حق الغرماء.

(١) الميراث المقارن ص ١٤١.

(٢) المرجع السابق.

٢ - على نظرية الشافعية يكون على الورثة نفقات التركة سواء أكانت هذه النفقات للحفظ أم للإبقاء، لأنهم هم المالكون فعليهم نفقة ملكهم، وعلى نظرية جمهور الحنفية تكون النفقات من التركة نفسها، لأن ملكيتها لم تنتقل إلى الورثة.

٣ - إذا كان في التركة حصة شائعة في عقار فباع شريك الميت حصته بعد موته، وقبل سداد الدين، فإن للورثة حق الشفعة، على رأى الشافعية، لأنهم مالكون للمعين التي بها الشفعة، ولا تثبت لهم، على نظرية جمهور الحنفية، لأن الدين منع ملكيتها، فلا شفعة بها، حيث لم يملكوها بعد^(١).

الترجيح والاختيار:

والذى يظهر لى اختياره نظرية الشافعية وهى القول الأصح عندهم ووافقهم عليها بعض الحنابلة، وقول البعض من الحنفية، والقول الآخر للإمام أبى حنيفة، وهى أن وقت تعلق الإرث بالتركة هو وقت الموت مستنداً إلى أول مرض الموت، ولذا كان للورثة حق الاعتراض فى المرض على تصرفات المريض، إذا كانت ضارة بحقوقهم، ولهم نقضها بعد الوفاة وأن الدين لا يمنع ملكية الوارث بأى حال، ولو كان مستغرقاً للتركة كلها، بل تنتقل التركة من ملك المورث إلى ملك الوارث، مشغولة يدينها.

أما كون الملك وقت الوفاة، فلأن الوفاة هى سبب التوريث، والمسببات لا تتأخر عن أسبابها إلا لما منع، ولا مانع هنا، لأن تعلق الدين بالتركة غير مانع لأن

(١) الميراث المقارن ص ١٤٢.

هذا التعلق للاستيثاق كالرهن، والرهن لا يمنع ملكية المدين للعين المرهونة،
فكذلك الدين لا يمنع ملكية الوارث، لأن الاستيثاق حاصل يتبع التركة، فكل
جزء من الدين يتبع الجزء الذى يقابله من التركة^(١).

ولأن الإرث لو كان فى آخر جزء من أجزاء الحياة، يقوم عليه المحذور
السابق، وهو أن الشيء الواحد يصير مملوكًا لشخصين فى وقت واحد ملكًا كاملاً
خالصًا لكل منهما، وهذا غير معهود فى الشرع، وتوريث الزوجين للمقارنة وهى
كافية، ولو كان بعد الوفاة يلزم عليه محذور آخر، وهو أنه يلزم أن يكون الشيء
بلا مالك بعد أن كان مملوكًا.

وأما كون الدين يمنع ملكية الوارث، فإننا نعلل بما علل به الإمام أبو حنيفة،
وهو أن الوارث يخلف المورث فى التركة، والتركة كانت مملوكة للمورث حال
حياته مع شغلها بالدين كالمرهون، فكذلك تكون ملكًا للوارث.

ولأن نظرية الشافعية هذه فى حد ذاتها، تسير على منطق واحد، سواء أكان
الدين محيطًا بالتركة، أم غير محيط تنسيقًا للأحكام، فهى تجوز تجزؤ الضمان،
فكل جزء من التركة يسير الجزء الذى يقابله من الدين، فقد جمعت بين دفع
الضرر عن الورثة، والاستيثاق للمغرماء فى استيفاء ديونهم، حيث انتقلت التركة
إلى الورثة محملة بدينها^(٢).

وأما نظرية الحنفية ومن وافقهم من المالكية والحنابلة. فلا تنسيق للأحكام

(١) الميراث المقارن ص ١٤٢.

(٢) الميراث المقارن ص ١٤٣.

فيها، حيث لا تسير على منطق واحد. في جواز القسمة وعدم جوازها، فإنها تمنع القسمة إذا كان الدين محيطًا بالتركة، وتجاوزها إذا كان غير محيط بها استحساناً^(١).

وما استدل به الجمهور من قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ على أن الدين يمنع ملك الوارث، فإنه لا يدل على مدعاهم، بل يدل على أن قسمة التركة تكون بعد سداد الدين، وإنفاذ الوصية، ولا يمنع من انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث، محملة بدينها، ولو كان الدين محيطًا بها.

وخلاصة ما اخترناه فيما يتعلق بحق الوارث بالتركة، أن حق الوارث في مرض الموت يتعلق بقيمة التركة وما ليتها، إن كان تصرف المريض مع غير وارث ويتعلق بعينها إن كان مع وارث، وأنه ليس حق ملكية بل هو مجرد حق في الخلافة، وأما تعلقه بالوفاء، فإنه يكون معها، لا قبلها ولا بعدها، بل هو مقارن لها، مستنداً إلى أول مرض الموت، وأنه حق ملكية، وليس مجرد حق في الخلافة، وأن الدين لا يمنع ملكية الوارث بأي حال ولو كان مستغرقاً للتركة كلها. وهذا التعلق الذي يكون عند الوفاة مستنداً إلى أول مرض الموت يغني عن القول بالتعلق من أول مرض الموت، فهو يجوز الاعتراض في الحياة، والنقض بعدها، وعلى ذلك فالمنافع الحاصلة بعد الموت وقبل سداد الدين، تكون كلها للورثة ولا يتعلق بها حق الغرماء. وعليهم نفقات التركة إبقاءً وحفظاً ولا يلزم الغرماء بشيء، ولهم حق الشفعة بأعيانها، لأنهم في كل ذلك هم المالكون للتركة^(٢).

(١) الميراث المقارن ص ١٤٣.

(٢) الميراث المقارن ص ١٤٤.

المبحث الثانى

قسمة التركة

اتفق الفقهاء على جواز قسمة التركة بين الورثة إذا كانت غير مدينة، ولا تمنع الوصية قسمتها. لأن الموصى له شريك للورثة بقدر الموصى به له، بحيث لا يزيد على الثلث.

كما اتفقوا على عدم قسمتها إذا كانت مدينة بدين تعلق بعين منها حال الحياة، كالرهن الذى رهنه فى حياته، لأن الضمان لا يتجزأ عند الشافعى فى هذه الحالة، لأن هذا رهن جعلى، والرهن الجعلى لا ينفك إلا بتوفية جميع الدين، لأن الورثة يخلقون مورثهم، وهو لا ينفك شىء من رهنه إلا بتوفية الجميع فكذلك خليفته^(١).

وأما إذا كانت التركة مدينة بدين لم يتعلق بعين منها قبل الوفاة، فقد اختلفوا فيها على النحو التالى:

١ - قال الشافعية ومن وافقهم: بجواز قسمتها مطلقاً، سواء أكان الدين محيطاً بها، أم غير محيط، ويكون كل جزء منها ضامناً لما يقابله من الدين لأنهم يقولون بتجزئة الضمان فى مثل هذه الحالة، لأن التركة مرهونة رهناً شرعياً بدين الميت الذى لم يتعلق بها حال حياته، فلو أدى الوارث قدر التركة انفكت، ولو بقى من الدين شىء، وكذلك لو وفى بعض الورثة حصته من الدين انفك نصيبه من التركة فظهر أن الرهن الجعلى أشد تعلقاً من الرهن الشرعى^(٢).

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق ص ١٤٥.

٢ - وقال الحنفية: إذا كان الدين مستغرقًا للتركة فلا تجوز قسمتها وكذلك إذا كان غير محيط، فإنه لا يجوز قسمتها قياسًا لعدم تجزئة الضمان ولكن تجوز استحسانًا لعدم مضارة الورثة، على أن يرفع من التركة قدر الدين، ويترك حتى يقضى به الدين، كي لا يحتاجوا إلى نقض القسمة^(١).

الرأي المختار،

والمختار قول الشافعية ومن وافقهم، وهو جواز قسمة التركة مطلقًا، سواء أكان الدين محيطًا بها أم غير محيط، ويكون كل جزء منها ضمانًا لما يقابله من الدين، لأن نظريتهم تسير على منطق واحد في جواز القسمة، سواء أكان الدين محيطًا بالتركة، أم غير محيط، تنسيقًا للأحكام، وأما الحنفية فإنهم لا يسيرون على منطق واحد، فإنهم يمنعون القسمة إذا كان الدين مستغرقًا للتركة، ويجوزونها إذا كان غير مستغرق لها، فهم لا يسيرون على وتيرة واحدة^(٢).

(١) من الزيلعي ٥٢/٥، والمرجع السابق..

(٢) الميراث المقارن ص ١٤٥.

المبحث الثالث

مراتب الورثة عند الفقهاء

تمهيد :

لا خلاف بين الفقهاء على أن تقسم التركة بين الورثة الذين ثبت إرثهم بالكتاب^(١) أو السنة^(٢) أو الإجماع^(٣) أو الاجتهاد^(٤) حسب ترتيبهم في الاستحقاق، بحيث لا يصح الانتقال من أى مرتبة إلى مرتبة تليها إلا بعد استيفاء أهل المرتبة المتقدمة وبقاء شيء يستحقه أهل المرتبة التالية ولكنهم اختلفوا في الترتيب فقط على النحو التالي :

أولاً : مراتب الورثة على مذهب الإمام أبى حنيفة :

- وهو ما كان العمل به جاريًا في المحاكم الشرعية بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الخاص بالمواريث قبل التعديل على النحو التالي :
- ١ - أصحاب الفروض . ٢ - العصبة النسبية .
 - ٣ - العصبة السببية (مولى العتاقة) ذكراً أو أنثى .
 - ٤ - عصبة المولى المعتق المذكور فقط .
 - ٥ - الرد على ذوى الفروض النسبية . ٦ - ذوى الأرحام .

(١) وهم أكثر الوراثين .

(٢) كسهم ابنة الابن من الابنة وهو السدس .

(٣) كسهم بنت الابن إذا انفردت وهو النصف .

(٤) كسهم الأم مع الأب وأحد الزوجين وهو ثلث الباقى ١ هـ . من البحر الرضا ٢ على .
التمثيل . والميراث المقارن ص ١٤٥ .

٧ - مولى المولاة . ٨ - المقر له بالنسب على الغير .

٩ - الموصى له بأكثر من الثلث . ١٠ - بيت المال .

ولما عاد قانون الموارث وصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م أوجب الترتيب حسب المادة الأولى منه على النحو التالي :

١ - أصحاب الفروض . ٢ - العصبة النسبية .

٣ - الرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض .

٤ - ذور الأرحام . ٥ - الرد على أحد الزوجين .

٦ - العصبة النسبية . ٧ - المقر له بالنسب على الغير .

٨ - الموصى له بأكثر من الثلث .

٩ - بيت المال (وزارة المالية أو الخزانة العامة)^(١) .

ثانيا : ترتيب الورثة على مذهب الإمام مالك :

١ - أصحاب الفروض . ٢ - العصبة النسبية .

٣ - العصبة السبية ذكرا كان أو أنثى .

٤ - بيت المال وإن لم يكن منتظماً فيأخذ جميع المال إن انفرد أو الباقي

بعد ذوى الفروض . ولا يرد على ذوى السهام عند عدم العاصب ولا يدفع ما

فصل عن أصحاب السهام المقطرة إلى ذوى الأرحام حيث لا يرثون بل يرد الباقي

إلى بيت المال^(٢) .

(١) الميراث القانون ص ١٤٦ ، وقانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م الصادر في ٥ شعبان سنة ١٣٦٢هـ .

الموافق ١٩٨٣/٨/٦م ، المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٩٢ في ١٢ أغسطس سنة ١٩٤٣م والمتخذ في

١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٣م .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٤٦٧ ، ٤٦٨ .

ثالثا : مراتب الورثة على مذهب الإمام الشافعى :

- ١ - أصحاب القروض .
- ٢ - العصبة النسبية .
- ٣ - الرد على أصحاب القروض غير الزوجين .
- ٤ - ذوى الأرحام عند المتأخرين المجتهدين فى المذهب إذا لم يتظم بيت المال^(١) ، فإذا انتظم فلا ميراث لهم .
- ٥ - العصبة السبية ذكرا كان أو أنثى .
- ٦ - الإسلام والمراد به جهة الإسلام (بيت المال) حيث يوضع فى المصالح العامة للمسلمين^(٢) .

رابعا : مراتب الورثة على مذهب الإمام أحمد :

- ١ - أصحاب القروض .
- ٢ - العصبة النسبية .
- ٣ - العصبة السبية (ذكرا كان أو أنثى) .
- لحديث : «الولاء لحمه كلحمة النسب» وحديث : «الولاء لمن أعتق» متفق عليه
- ٤ - عصبة المولى المعتق من الذكور مهما بعدوا .
- ٥ - الرد على ذوى القروض .
- ٦ - ذوى الأرحام .
- ٧ - بيت المال^(٣) .

(١) كما هو الحال الآن حيث لا تنظم الموارد المالية حسب مقررهم أحكام الشريعة الإسلامية ولا تجمع الزكاة

كمورد مالى إجبارى من موارد الدولة كما هو الحال بالنسبة للضرائب العامة .

(٢) معنى المحتاج ٤/٣ وشرح جلال الدين المحلى على المتهاج ٣/١٣٦ ، والوسيط لنا ص ٤٠ .

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ٢/٥٩٣ ، ٥٩٤ .

ومن خلال العرض السابق لترتيب الورثة عند الفقهاء فإننا نرى اتفاق الجميع على الدرجتين الأولى والثانية أى أصحاب الفروض ثم العصبية النسبية وذلك لحديث: «أعطوا الفروض حقها فما بقى فلاولى رجل ذكر». وبينما اتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على جعل العصبية السببية (المولى المعتق) فى المرتبة الثالثة نجدها عند الشافعية فى المرتبة الخامسة، وذلك لتأخيرها عندهم عن درجة الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين وعن درجة ذوى الأرحام وذلك استناداً لقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله﴾ حيث لا يرث عندهم بالعصبية السببية إلا إذا انعدم ذوى القرابة النسبية سواء كانوا من أصحاب الفروض أم كانوا من العصبيات النسبية. ولم يعتبروا العصبية السببية من درجة القرابة بالعصوية حتى تدخل فى معناها ولكن تؤخر عنها كما قال الحنفية ومن وافقهم وإنما اعتبروها سبباً مستقلاً بذاته وهو مولى العتاقة وإن أطلق عليه عصبية سببية فهو وراثى بسبب العتق لا بسبب القرابة بخلاف العصبية بسبب القرابة فإن سبب الإرث هو القرابة والعصوية معا ولذلك قدموا إرث ذوى الأرحام كما هو عند المتأخرين من المجتهدين فى المذهب على العصبية السببية لوجود القرابة النسبية فى ذوى الأرحام وانعدامها مع العصبية السببية ونص الآية فى ظاهرها يدل على تقديم قرابة الرحم عما سواها.

كما يلاحظ من خلال عرض المذاهب فى الترتيب أن جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة يورثون ذوى الأرحام ويردون ما بقى من سهام أصحاب الفروض إذا لم يوجد عاصب وإن اتفقوا على تقديم درجة الرد على أصحاب الفروض على درجة ذوى الأرحام ولكنهم اختلفوا فى الترتيب فقط، حيث أن ذوى الأرحام عند الحنفية والحنابلة فى المرتبة السادسة، وعند الشافعية فى المرتبة الرابعة.

بينما نجد أنه لا ميراث بالرد ولا لذوى الأرحام عند المالكية حيث يجعلون العصبة السبية فى المرتبة الثالثة بعد العصبة النسبية ثم بيت المال .

وقد استند الأئمة الثلاثة : الحنفية والمالكية والحنابلة فى تقديم العصبة السبية على درجة الرد ودرجة ذوى الأرحام بحديث : «الولاء لحمة كلحممة النسب» وحديث «الولاء لمن أعتق» حيث جعل هؤلاء الولاء بالسبب كالولاء بالنسبة بنص هذا الحديث ولكنهم يقدمون ولاء النسب عليه لأنه المقيس عليه بالاتفاق . أما عند الشافعية فإنهم وإن كانوا لم يعارضوا فى صحة الحديث وهم يأخذون به ولكنهم يؤخرونه على درجة القرابة النسبية لأن العصبة النسبية جاءت تبعاً وهى مقيسة على الأصل بنص الحديث ولا يقدم الفرع على الأصل بالاتفاق وإنما يذهب إليه عند عدم الأصل .

وقد انفرد الحنفية بوجود درجة : المقر له بالنسب على الغير ، ودرجة : الموصى له بأكثر من الثلث ، حيث لم يعتبرها بقية الفقهاء .

مأخذ قانون المواريث الجديد :

ويلاحظ أن قانون المواريث فى تعديله الأخير قد أخذ بمذهب الشافعية فى الرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض إذا لم يوجد عصبة نسبية ثم ذوى الأرحام إذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض ومقدمًا ما سبق على درجة العصبة السبية .

كما أخذ القانون بمذهب الحنابلة فى الرد على أصحاب الفروض مطلقًا بما فى ذلك الزوجين ولكنه جعل هذه الدرجة متأخرة على مرتبة ذوى الأرحام ومتقدمة على العصبة السبية كما قال الشافعية مخالفًا بذلك مذهب الحنفية

والحنابلة الذي يورثون ذوى الأرحام، ولكنهم يجعلون مرتبتهم متأخرة عن العصبية السببية^(١).

الترجيح والاختيار،

والذى نميل إليه فى الترجيح والاختيار ما ذهب إليه الإمام الشافعى واختيار المتأخرين فى الترتيب وفى توريث ذوى الأرحام وتقديهم على العصبية السببية وعلى بيت المال وفيما ذهب إليه الحنابلة فى الرد على الزوجين ولكن بعد أصحاب الفروض النسبية أى عند انعدامهم وبهذا أخذ قانون الموارث الجديد^(١) فى المادة ٣٠، والمادة ٣١.

المبحث الرابع

الحبوة فى تقسيم التركة

وبناء على ما سبق فإنه يجب عند تقسيم التركة ترتيب الورثة حسب الترتيب الذى رجحته وأخذ به القانون عند العمل بقانون الموارث وبعد استخراج الحقوق المتعلقة بالتركة حسبما رجحته من قبل.

وعلى ذلك لا يصح الانتقال من أى مرتبة إلى مرتبة تليها إلا بعد استيفاء أهل المرتبة المتقدمة وبقاء شئ يستحقه أهل المرتبة التالية.

كما لا يصح فى الدرجة الواحدة عند التقسيم تمييز أحد على أحد ولا أحباؤه بجزء من التركة ولا يعين منها دون الآخرين ويغير رضاهم وهذا ما يعرف بالإحباء أو الحبوة فى الميراث وبهذا قال عامة الفقهاء ما عدا الشيعة الإمامية حيث ذهبوا إلى أنه يحبى من الأولاد أكبر الذكور أن تعددوا باللباس والسلاح،

(١) انظر المراجع السابقة.

والمصحف والخاتم بشرط الخلو من الدين والوصية والكفن على الصحيح عندهم^(١).
والراجح ما ذهب إليه عامة الفقهاء وذلك لمخالفة قول الإمامية ما قال به
الفقهاء من أن التركة كلها موروثه ولا يخص أحد منها بشيء لصريح قوله تعالى
في ميراثها: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(٢).

ولأن القول بما ذهب إليه الإمامية يؤدي إجحاف بعض الورثة وتميز البعض
على البعض وهذا ما كان يعمل به أهل الجاهلية والشرائع الوضعية والأمم السابقة
على الإسلام وقد جاء الإسلام وألغى كل هذه النظم لعدم عدالتها وقد سبق أن
بيننا ذلك في محله بالتفصيل عند الكلام عن ميراث الأمم السابقة وعدالة التوريث
في الإسلام.

ومما يدل على عدم جواز الحيوة أن الله سبحانه وتعالى نص في آية الموارث
على أن نصيب الذكر إذا وجد مع الأنثى هو مثل حظ الأنثيين وذلك في قوله
تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ ولم يجعل القرآن
تفريقاً بين الذكر الكبير والصغير والقول بالحسوة فيه مخالفة صريحة لنص الكتاب
العزیز ولهذا فلا تعويل عليه ولا قيمة له في نظام التوريث الشرعي الصحيح الذي
هو حد من حدود الله وقد قال الله فيه وفي مقاديره التي حددها: ﴿تِلْكَ حُدُودُ
اللَّهِ﴾^(٣)، ثم قال سبحانه بعد بيان هذه الأنصيب والمقادير التي حددها لكل
وارث: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ
مُهِينٌ﴾^(٤).

(١) شرح اللمعة الدمشقية ص ٣٣١، والميراث المقارن ص ١٤٧ وما بعدها.

(٢) الآية ٧ من سورة النساء.

(٣) الآية ١٣ من سورة النساء.

(٤) الآية ١٤ من سورة النساء.

المبحث الخامس

المجمع على إرثهم من الرجال والنساء

أولا - المجمع على إرثهم من النساء :

والمجمع على إرثهم من النساء سبع على جهة الإجمال وعشر على سبيل التفصيل، أما الإجمال فهو :

- ١ - البنت .
- ٢ - بنت الابن وإن نزل .
- ٣ - الأم .
- ٤ - الجدة .
- ٥ - الأخت .
- ٦ - الزوجة .
- ٧ - المعتقة .

وأما على التفصيل فهم :

- ١ - البنت .
- ٢ - بنت الابن وإن نزل .
- ٣ - الأم .
- ٤ - الجدة لأم .
- ٥ - الجدة لأب .
- ٦ - الأخت الشقيقة .
- ٧ - الأخت لأب .
- ٨ - الأخت لأم .
- ٩ - الزوجة .
- ١٠ - المرأة المعتقة - بكسر التاء - (١) .

والأفصح أن يقال في المرأة التي توفي عنها زوجها زوج لأن التعبير بالزوجة لغة مرجوحة وإن كان استعمال هذا التعبير المرجوح في باب الفرائض متعين وذلك ليحصل الفرق بين الزوجين الرجل والمرأة، والإمام الشافعي رضي الله عنه لذلك يستعمل في عبارته في باب الفرائض لفظ المرأة وهو حسن (٢) .

(١) المحلى من المنهاج ١٣٦/٣، ومغنى المحتاج ٥/٣، والوسيط في الموارث للمؤلف ص ١٧ .

(٢) الموارث للمؤلف ص ١٧ .

ودليل أن لفظ الزوج للمرأة هو الأفصح قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ... الآية ﴾^(١).

ثانيا - المجمع على إرثهم من الرجال :

وأما المجمع على إرثهم من الرجال فهم عشرة أصناف إجمالاً وهم :

- ١ - الابن .
- ٢ - ابن الابن .
- ٣ - الأب .
- ٤ - الجد .
- ٥ - الأخ .
- ٦ - ابن الأخ .
- ٧ - العم .
- ٨ - ابن العم .
- ٩ - الزوج .
- ١٠ - المولى المعتق (بكسر التاء) .

وأما تفصيلاً فخمسة عشر وهم :

- ١ - الابن .
- ٢ - ابن الأب .
- ٣ - الأب .
- ٤ - الجد لأب وإن علا .
- ٥ - الأخ الشقيق .
- ٦ - الأخ لأب .
- ٧ - الأخ لأم .
- ٨ - ابن الأخ الشقيق .
- ٩ - ابن الأخ لأب .
- ١٠ - العم الشقيق .
- ١١ - العم لأب .
- ١٢ - ابن العم الشقيق .
- ١٣ - ابن العم لأب .
- ١٤ - الزوج .
- ١٥ - المولى المعتق^(٢) .

ثالثا - الوارثون من الرجال إذا اجتمعوا جميعاً وحدهم من غير

نساء :

والذى يرث من الرجال إذا اجتمعوا جميعاً بدون النساء ثلاثة فقط وهم :

- ١ - الأب .
- ٢ - الابن .
- ٣ - الزوج .

للزوج الربع فرضاً وللابن السدس فرضاً والباقي للابن تعصيباً .

وأصل هذه المسألة من ١٢ لأن فيها ربعاً وسدساً .

(١) الآية ١٢ من سورة النساء .

(٢) الوسيط في الموارث للمؤلف ص ١٦ ، والمحلّى مع المنهاج ١٣٦/٣ ، ومعنى المحتاج ٥/٣ .

رابعاً - الوارثات من النساء إذا اجتمعن كلهن بدون رجال :

وإذا اجتمع كل النساء وحدهن بدون رجال فالذى يرث منهن خمسة وهن :

١ - البنت . ٢ - بنت الابن . ٣ - الأم .

٤ - الأخت الشقيقة . ٥ - الزوجة .

للبنات النصف، ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين، وللأم السدس، وللزوجة الثمن، وللأخت الشقيقة الباقي تعصياً لأن الأخوات مع البنات عصبية. وأصل المسألة من ٢٤ أربعة وعشرين للزوجة الثمن، ٣ ثلاثة، وللأم السدس ٤ أربعة، وللبنت النصف ١٢ اثنا عشر، وللأخت الشقيقة الباقي وهو سهم واحد.

خامساً - الذى يمكن اجتماعه من الرجال والنساء معاً ومن يرث منهم :

وإذا اجتمع كل الرجال والنساء فالذى يرث منهم خمسة فقط وهم :

١ - الأب . ٢ - الأم . ٣ - الابن . ٤ - البنت .

٥ - أحد الزوجين . أى الزوج إذا كان الميت الزوجة، والزوجة إذا كان

الميت هو الزوج .

فالأولى: أصلها ١٢ اثنى عشر للأب السدس، وللأم السدس، وللزوج

الربع، والباقي للولد والبنت أثلاثاً .

ومجموع أسهم الفروض ٧ للزوج الربع ٣، وللأبوين السدسان ٤ فيكون

الباقي ٥ من ١٢ والخمسة لا تقسم على ثلاثة فنضرب ٣ × ١٢ أصل المسألة

فتصير ٣٦، ومنها تصح المسألة .

وأما المسألة الثانية: وهى التى توفى فيها الزوج فأصلها من ٢٤ أربعة

وعشرين للزوجة الثمن ٣ ثلاثة، وللأبوين السدسان ٨ ثمانية، والباقي هو ثلاثة

عشر تقسم للابن والبنت أثلاثاً ولا ثلث لهذا الباقي صحيحاً فتضرب ثلاثة فى

أربعة وعشرين أصل المسألة فيصير ٧٢ اثنى وسبعين ومنها تصح المسألة .

المبحث السادس

الفروض وذويها

الفروض جمع فرض والمراد بها الأنصاء المقدرة في كتاب الله تعالى وهي ستة: النصف، والرابع، والثلث، والثلثان، والثلث، والسدس.

١ - أصحاب النصف من الورثة:

والذى يستحق النصف من الورثة خمسة وهم: الزوج، والبنت، وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت لأب^(١).

والزوج الذى يستحق النصف هو الذى لم تخلف زوجته ولداً ولا ولد ابن، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾^(٢).

وولد الابن كالولد بالإجماع^(٣).

ويشترط فى البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت لأب لاستحقاقهن النصف أن تكون كل منهن منفردة. ودليل ذلك فى البنت قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾^(٤) وبنت الابن كالبنت بالإجماع فقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم وكذا السلف والخلف على أن بنت الابن إذا انفردت فى الميراث فإن نصيبها الأصلى هو النصف كالبنت^(٥).

(١) المحلى على المنهاج ٣/١٣٩.

(٢) سورة النساء الآية ١٢.

(٣) المحلى على المنهاج ٣/١٣٩.

(٤) النساء الآية ١١.

(٥) المحلى على المنهاج ٣/١٣٩.

والدليل على استحقاق الأخت الشقيقة أو لأب النصف قوله تعالى فى آية الموارث ﴿..... وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(١). والآية خاصة بالأختين فبدخل فيها الأخت الشقيقة والأخت لأب دون الأخت لأم لأن نصيبها السدس بنص الآية فى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾^(٢) والإجماع قائم على أن المراد بالأخ والأخت هنا من كان لأم فقط دون الشقيقة أو لأب لأن نصيبهما ورد فى آخر سورة النساء فى الآية ١٧٦، وذلك بالإجماع.

فإذا اجتمع أحد منهن أى من أصحاب النصف مع أخوتهم الذكور أو أخواتهن من الإناث أو اجتمع بعضهن مع بعض خرج فرضهن من النصف إلى غيره، فإن كانت مع أخ ذكر كانت عصة وكان لها نصف نصيب الذكر وإن كانت مع أنثى مثلها أخذتا الثلثين سواء كانت المشاركة لها واحدة أو أكثر^(٣).

ويقسم الثلثان عليهن بالسوية مهما كان عددهن.

٢ - والذي يستحق الربع من الورثة :

اثنان وهما : الزوج والزوجة.

والذى يستحق الربع من تركة الميت هو الزوج الذى توفيت زوجته وتركت ولداً لها مع الزوج أى مولوداً ذكراً كان أم أنثى، واحداً أو أكثر وذلك لقوله تعالى فى حق الزوج : ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾^(٤) ، وولد الابن

(١) النساء الآية ١٧٦.

(٢) النساء الآية ١٢.

(٣) المحلى على المنهاج ١٣٩/٣، والمنهاج مع المغنى ٦/٣.

(٤) سورة النساء الآية ١٢.

كالابن في ذلك بالإجماع^(١).

وأما الزوجة التي تستحق الربع من التركة فيشترط لاستحقاقها هذا الفرض ألا يكون معها في الميراث ابن للميت وهو الزوج ذكراً كان أو أنثى وولد الابن وإن نزل في ذلك كئلا ابن بالإجماع، والربع نصيب الزوجة عند الأفراد، ونصيب الزوجات أيضاً ولو أربع إذا ترك الزوج الميت أكثر من زوجة ولم يترك فرعاً وارثاً والدليل على هذا الفرض قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ﴾^(٢).

والزوجين في عدة الطلاق الرجعي كالزوجين قبل الطلاق يتوارثان بعضهما من بعض^(٣). أما بعد انتهاء العدة فلا توارث بينهما.

٣ - الذي يستحق الثمن من التركة :

والثمن هو نصيب الزوجة التي مات زوجها عنها وله فرع وارث ذكراً كان أم أنثى منها أو من غيرها وابن الابن وإن نزل كالابن بالإجماع حيث يحجب الزوجة من الربع إلى الثمن بلا خلاف.

والدليل على هذا النصيب وهو الثمن للزوجة قوله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾.

وهذا الثمن نصيب للزوجة الواحدة إذا كانت منفردة أى لم يكن معها زوجات أخريات للميت وهو أيضاً نصيب الاثنين أو أكثر إلى أربع حيث يشتركن

(١) المحلى على المنهاج ٣/١٣٩، ومغنى المحتاج ٦/٣.

(٢) سورة النساء الآية ١٢.

(٣) المحلى على المنهاج ٣/١٣٩.

فيه بالسوية حسب عددهن، والعبرة بالزوجات التي توفي عنهن الزوج وهن على عصمته أو في عدة طلاق رجعي^(١).

٤ - الذى يستحق الثلثان من التركة :

والثلثان فرض بنتين فصاعداً وبنتى ابن فأكثر وأختين فأكثر لأبوين أو لأب إذا كن منفردات عن أخوتهن الذكور.

وعلى هذا يكون الثلثان فرض ثلاثة وهم :

- ١ - البنتين فصاعداً إذا كن منفردات عن أخوتهن الذكور.
 - ٢ - بنتى الابن فصاعداً إذا كن منفردات عن أخوتهن الذكور.
 - ٣ - الأختين فأكثر لأبوين أو لأب إذا كن منفردات عن أخوتهن الذكور.
- ودليل فرض البنتين قوله تعالى فى البنات: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾^(٢).

وبنتى الابن كالبنتين بالإجماع.

ودليل فرض الأختين قوله تعالى فى الأختين: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾^(٣).

وقد نزلت هذه الآية فى جابر بن عبدالله الصحابى رضى الله عنه لما مات عن أخوات. فدللت الآية على أن المراد منها الأختان فصاعداً، والبنتان ومثلهما

(١) المرجع السابق.

(٢) سورة النساء الآية ١١.

(٣) سورة النساء الآية ١٧٦.

بتى الابن مقيستان على الأختين، وبنات الابن مقيسات على بنات الصلب^(١)،
ولأن آية البنات ظاهرها فى فرض الثلثين لأكثر من بتين.

٥ - والذي يستحق الثلث من التركة ثلاثة :

الأم، والأخوة لأم، والجدة مع الأخوة.

والثلث فرض أم ليس لميتها ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الأخوة والأخوات
من أى جهة كانوا.

ودليل هذا الفرض للأم قوله تعالى فى شأن الأم: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ
وَوَرِثَهُ آبَاؤُهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾^(٢).

وولد الابن ملحق بالولد فى ذلك، والمراد بالأخوة الاثنان فصاعداً، والأثنى
كالذكر بالإجماع^(٣).

والثلث أيضاً فرض أخوة لأم اثنان فصاعداً ذكوراً وإناثاً أو ذكوراً فقط أو
إناثاً فقط.

والدليل على ذلك قوله تعالى فى شأنهم: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ
امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ
شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ....﴾^(٤).

والثلث أيضاً فرض الجدة مع الأخوة إذا اشتركوا فى الميراث ولم يكن فرع
وارث وهو يأخذ الثلث أو ثلث الباقي بعد أصحاب الفروض^(٥).

(١) المحلى على المنهاج ٣/ ١٤٠.

(٢) سورة النساء الآية ١١.

(٣) المحلى على المنهاج ٣/ ١٤٠.

(٤) الآية ١٢ من سورة النساء.

(٥) المحلى على المنهاج ٣/ ١٤٠.

٦ - من يستحق فرض السدس :

والسدس فرض سبعة وهم: أب وجد لميتها ولد أو ولد ابن لقوله تعالى: ﴿وَلَأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾^(١) وهذا في الأب والحق بالابن ابن الابن وإن نزل وبالأب الجد وإن علا إجماعاً^(٢).

وهو أيضاً فرض لأم لميتها ولد أو ولد ابن أو اثنان فأكثر من الأخوة والأخوات، لقوله تعالى: ﴿وَلَأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلَأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَأُمِّهِ السُّدُسُ﴾^(٣).

والسدس أيضاً فرض الجدة لأم والجدة لأب. لما روى أبو داود وغيره عن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه: «أنه ﷺ أعطى السدس»^(٤) أى عند عدم الأم.

والسدس أيضاً فرض بنت ابن مع بنت صلب، لقضائه ﷺ بذلك على ما رواه البخارى عن ابن مسعود رضى الله عنه^(٥).

وهو أيضاً فرض أخت لأب أو أخوات لأب مع أخت شقيقة كما فى بنات الابن مع بنت الصلب، وهو أيضاً فرض الواحد من الأخوة لأم بقوله تعالى فى شأنهم فى آية الكلالة: ﴿... وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾^(٦).

(١) سورة النساء الآية ١١.

(٢) المحلى على المنهاج ٣/ ١٤٠، ومغنى المحتاج ٣/ ١٠.

(٣) سورة النساء الآية ١١.

(٤) ذكر جلال الدين المحلى فى شرحه على المنهاج ٤/ ١٤٠ مع قليوبى وعميرة.

(٥) المرجع السابق.

(٦) الآية ١٢ من سورة النساء.

بيان الخلاف في ميراث البنتين

تمهيد :

أجمع العلماء والفقهاء على أن البنت الصلبية إذا انفردت في الميراث فلها النصف وذلك لقوله تعالى في توريث البنات في آية الموارث: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾^(١)، واستدلوا بميراث الأخت أى بقياس البنت على الأخت التى ورد بشأن ميراثها قوله تعالى: ﴿وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾^(٢)، والبنت أقرب إلى الميت من أخته بالإجماع فيكون لها النصف من باب أولى إذا انفردت مثلها^(٣).

أما ميراث البنتين إذا انفردتا ففيهما خلاف :

١ - قال جمهور العلماء وعامة الصحابة والتابعين من الفقهاء : البنتين لهما الثلثان كالثلث فما فوقهن وذلك لما يأتى :

أولا : قوله تعالى في ميراث الأولاد: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِي﴾ ، فقد جعل الله للذكر عند الاختلاط مع البنات نصيب الابنتين وأدنى الاختلاط أن يجتمع ولد وبنت، وللابن في هذه الصورة بالاتفاق الثلثان وللبنات الثلث. فعلم أن حظ الابنتين عند الانفراد هو الثلثان وإلا لم يصر الثلثان مثل حظ الانثيين أبداً، ولأن البنت تأخذ الثلث مع أخيها وهو قسوى فمن باب أولى تأخذه مع أختها وهى مثلها، وكذلك للأخت الأخرى معها فكان لهما

(١) الآية ١١ من سورة النساء .

(٢) الآية ١٧٦ من سورة النساء .

(٣) الميراث المقارن ص ١٤٩ ، والوسيط في الموارث على مذهب الشافعى للمؤلف ص ٣٤ .

الثلاثان حالة انفراها عن أخيها الذكر، ولما صار نصيب البنتين معلوماً بهذه الإشارة لم يذكره سبحانه وتعالى لأنه لا يحتاج إلى بيان أكثر من هذا وإنما ذكر نصيب ما فوقهما بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾^(١) حتى لا يتوهم أن نصيب الثلاث أكثر من نصيب الاثنتين، كما ذكر نصيب البنت الواحدة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾^(٢).

ثانياً: قوله تعالى في شأن الأخوات في الميراث: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾^(٣)، والبتان أقرب إلى الميت من الأختين فيكون لهما الثلثان من باب أولى.

ثالثاً: ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه في فريضة فيها بنت وبنت ابن وأخ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للأبنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، والباقي للأخ»^(٤).

رابعاً: بقصة سعد بن الربيع التي رويت في سبب نزول الآية في شأن بنات سعد في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ فقد قال النبي ﷺ لأخ سعد بن الربيع «اعط ابنتي سعد الثلثين»^(٥).

(١) الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) نفس الآية السابقة والسورة.

(٣) الآية ١٧٦ من سورة النساء.

(٤) المبسوط ٢٩/١٤٠، والمحلى ٩/٥٥٥، وحاشية الخضرى على شرح الشنشورى على الرحبية ص ٧٢، والميراث المقارن ١٥١، والوسيط فى الميراث للمؤلف ص ٣٧.

(٥) الميراث المقارن ص ١٥١.

خامساً: الإجماع: حيث انعقد إجماع جمهور الفقهاء بعد خلاف ابن عباس على أن ميراث البنتين الثلثان كالثلث.

٢ - وقال ابن عباس رضي الله عنهما في رواية عنه : أن البنتين لهما في الميراث عند الانفراد النصف كالبنات الواحدة واستدل على مذهبه هذا بالآتي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ فمفهوم الآية أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان، فإنه تعالى اشترط في استحقاق الثلثين أن يكون الوارث من البنات نساء وهو اسم جمع، وأن يكون فوق اثنتين، وما فوق اثنتين جمع، ويدل عليه قوله تعالى : « كُنَّ » فإنه ضمير جمع، وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة وعلى ذلك فالثلثان للجمع لأنه شرط به وقد فقد هذا الشرط في البنتين، والمعلق على شرط لا يثبت عند عدم الشرط^(١).

ثانياً : أن الله سبحانه وتعالى نص على ميراث الواحدة وعلى ميراث الثلاث فما فوقهن، ولم ينص على ميراث البنتين، وعلى ذلك فإما أن نعتبر حالهما بحالة الواحدة أو بحالة الثلاث، واعتبارهما بحالة الواحدة أولى، لأن اعتبارهما بحالة الثلاث يظل شرطاً منصوباً بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ والقياس لإبطال النص باطل^(٢).

ثالثاً : في أول آية الموارث ما يدل على أن البنتين لهما النصف، فقد قال تعالى : ﴿ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ فمن ترك ابناً وبنتين فالابن له النصف

(١) الميراث المقارن ص ١٥١، ١٥٢.

(٢) المرجع السابق ص ١٥٢.

وهذا إشارة إلى أن حظ البنتين النصف^(١).

رابعاً : أن النصف فى حق البنتين متيقن وإن جعل الثلثين لهما مشكوك فيه ولا تثبت الزيادة على النصف بالشك^(٢).

الترجيح :

والصحيح والراجح هو ما قال به عامة فقهاء المذاهب والصحابة والتابعين من أن ميراث البنتين الثلثان كالثلث للآدلة التى سبق ذكرها لهم وهو حكم أجمع عليه الفقهاء وتواردت عليه الأدلة المذكورة ولذلك قال ابن قدامة : «ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنين منهم الثلثان كالأخوات من الأبوين والأخوات من الأب، وكل عدد يختلف فرض واحد منهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الأم، والأخوات من الأبوين أو من الأب^(٣)».

ويرد على أدلة ابن عباس بما يأتى :

أولاً : أن قوله تعالى : ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ فيه تقديم وتأخير أى اثنتين فما فوقهما كما فى قوله ﷺ : «لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها وإلا ومعها زوجها، أو ذو رحم محرم» أى ثلاثة أيام فما فوقها^(٤).
وقيل أن كلمة فوق فى الآية صلة كما فى قوله تعالى^(٥) : ﴿فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ﴾ يعنى فاضربوا الأعناق. وحمله هذا أولى من حمله على حمله عليه ابن

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغنى ٧/٨، والمرجع السابق.

(٤) الميراث المقارن ص ١٥٢.

(٥) الآية ١٢ من سورة الأنفال.

عباس لحصول التوفيق بين الآية والسنة، فإن توريث النبي ﷺ بنتى سعد الثلثين تفسيراً للآية وبيان لمعناها، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير^(١).

ولئن سلمنا بأن في الآية بيان نصيب الثلاث فما فوق فإن ذلك لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين بالآية تخصيص الشيء بالذكر لا ينافي الحكم عما عداه. وأن التعليق بالشرط لا يوجب نفي الحكم عند عدم الشرط لجواز أن يثبت الحكم بدليل آخر وقد ثبت بإشارة النص في قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ كما سبق بيانه وبصريح السنة النبوية الشريفة كما تقدم في حديث سعد.

ثانياً: يرد على ابن عباس في استدلاله بالقياس بأن قياسه حالة البنتين على حالة البنت الواحدة ليس بأظهر من قياسهما بحالة الثلاث، وإن كان يلزم من قياسهما على حالة الواحدة إبطال شرط منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾، فإن شرط استحقاق النصف للبنات أن تكون واحدة فالأولى قياس حالة البنتين بحالة الثلاث، لأن الثنية في معنى الجمع لوجود الاجتماع وانضمام أحد الفردين إلى الآخر ولا معنى في الجمع سوى هذا، ومذهب بعض علماء اللغة أن الاثنين فما فوقهما جماعة وهذا ما اختاره الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو من علماء اللغة العربية وأحد أئمة المذاهب الفقهية، ولذلك فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الجماعة في الصلاة تنعقد بالاثنتين كما تنعقد بما فوقها وأن الإمام يتقدم على الاثنين كما يتقدم على الجماعة وكلها تسمى صلاة جماعة، وإلى هذا يشير قوله ﷺ: «الاثنان فما فوقهما جماعة»^(٢).

(١) الميراث المقارن ص ١٥٢.

(٢) كما في الميراث المقارن ص ١٥٣، والميسوط ٢٩/١٤٠، وتفسير المنار ٤/٤١٦.

ثالثاً : أن قول ابن عباس أن من ترك ابناً وبتين فيالابن له النصف وهذا إشارة إلى أن حظ الأثنين النصف مردود بأن ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما ذلك عن الانفراد لأن الثلاث منهن مع الابن يأخذن ثلاث أخماس التركة وعند الانفراد يأخذن الثلثين . وأن البنت تأخذ مع الابن الثلث وعند انفراده تأخذ النصف .

رابعاً : يرد على قوله بأن جعل الميراث الثلثين فيه شك والنصف مؤكد ولا يترك اليقين بالشك بأن هذا الشك زال بإشارة النص وبصريح السنة بل الشك ترجح في جانب النصف بعد بيان الحديث الصريح القاطع في هذا المقام فيجب المصير إليه ويقطع به الخلاف في هذا التفسير المحتمل .

خامساً : طعن العلماء في هذه الرواية المنسوبة لابن عباس كما قال ابن رشد وغيره^(١) بل قيل أن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقال بعضهم ما روى عن ابن عباس من أن النصف للبتين إذا انفردتا لمفهوم قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ فمكرر . لم يصح عنه والذي صح عنه موافقة الناس كما قال ابن عبد البر^(٢) .

فأخذ القانون : هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب جمهور الفقهاء وذلك في المادة ١٣ فقرة (أ) ونصها :

«للواحدة من البنات فرض النصف وللأثنين فأكثر الثلثان» .

(١) بداية المجتهد ٢/٣٢٥ .

(٢) المغنى ٧/٧ ، وشرح الرحيبة للشنشوري ص ٧٢ ، والميراث المقارن ص ١٥٣ وما بعدها .

أحوال الأم في الميراث ومذاهب الفقهاء فيها

أحوال الأم في الميراث تختلف حسب من يوجد معها من الورثة فتارة يفرض لها السدس وتارة يكون لها ثلث جميع التركة وتارة يكون لها ثلث الباقي منها.

وقد اتفق الفقهاء في جميع المذاهب الفقهية على أن الأم يفرض لها سدس جميع التركة في موضعين.

الأول : عند وجود الفرع الوارث معها مطلقاً ذكراً أو أنثى واحداً أو متعدداً لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾^(١) ولفظ الولد في الآية عام يشمل الذكر والأنثى بلا خلاف واللغة تؤيد هذا كما أنه يشمل المفرد والجمع لأن الألف واللام في الولد للجنس لأنه اسم لجنس المولود، وهذا يشمل ولد الابن وإن نزل، وذلك للإجماع على أن ولد الابن يقوم مقام ولد الصلب عند توريث الأم^(٢).

والموضع الثاني: الذي تراث في الأم السدس إذا وجد معها في الميراث عدد من الأخوة أو الأخوات أو منهما معاً وهو بلا خلاف بين الفقهاء ثلاثة لأن أقل الجمع ثلاثة كما هو مذهب الحنفية وعند غيرهم يكفي اثنان كما هو مذهب الشافعية لأن أقل الجمع اثنان لأن الاثنان فما فوقهما جماعة^(٣) وذلك سواء كانوا

(١) الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) شرح السيد على السراجية وحاشية الفناي عليه ص ١٣٧، والميراث المقارن ص ١٥٤.

(٣) المحلى على المنهاج ١٤٠/٣، ومغنى المحتاج ١٠/٣، والوسيط في الميراث على مذهب الشافعية للمؤلف ص ٣٦.

أخوة أشقاء أو لا لأبين بلا خلاف لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ
السُّدُسُ﴾^(١)، فإن لفظ الأخوة يقع على الجميع ذكوراً وإناثاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ
كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً﴾^(٢) حيث فسر الله الأخوة في الآية بالرجال والنساء.

كما اتفق الفقهاء على أن الأم يفرض لها ثلث جميع التركة عند عدم الفرع
الوارث وعدم اثنين من الأخوة وعدم الزوج أو الزوجة معها في الميراث وذلك
لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾^(٣).

كما اتفق الفقهاء أيضاً على أن الأم يفرض لها ثلث التركة كاملاً إذا وجد
معها جد صحيح في الميراث ولو كان معها أحد الزوجين بشرط عدم وجود اثنين
من الأخوة وعدم الفرع الوارث وذلك لأن الجد ليس في درجتها ولا يضر أن
نفضل عليه في الميراث لقربها درجة عليه من الميت. ولذلك كان للأم ثلاث مسائل
متفق عليها في الميراث حسب الأحوال السابقة^(٤).

مسائل الأم المختلف فيها في الميراث :

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا في ميراث الأم في المسائل الثلاث السابقة فقد
حصل لهم خلاف في بعض المسائل المتعلقة بها وذلك في أربعة مسائل :

المسألة الأولى : في حجبها عن الثلث إلى السدس بالأخوة لأم.

والمسألة الثانية : في حجبها عن الثلث إلى السدس بالاثنتين من الأخوة أو

الأخوات كالثلاثة.

(١) الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) الآية ١٧٦ من سورة النساء.

(٣) الآية ١١ من سورة النساء.

(٤) الميراث المقارن ص ١٥٥.

والمسألة الثالثة: في أيلولة السدس الذي حجبته عنه بسبب الأخوة المحجوبين عن الميراث بالأب.

والمسألة الرابعة : في إرث الأم مع الأب وأحد الزوجين.

المسألة الأولى

وبالنسبة للمسألة الأولى: قال الإمامية والزيدية: أن الأخوة لأم لا يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس كما في الأخوة الأشقاء أو لأب لأن الشرط فيمن يحجبها عندهم عن الثلث أن يكونوا أخوة أشقاء أو لأب^(١)

وقال جمهور الفقهاء: لا فرق بين الأخوة في حجب الأم من الثلث إلى السدس بين الأشقاء أو لأب أو لأم لأن اسم الأخوة حقيقة في الأنصاف الثلاثة . والمختار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن اللغة والشرع تؤيدهم فيما ذهبوا إليه^(٢).

المسألة الثانية

قال جمهور الفقهاء أن الاثنين من الأخوة يحجب الأم عن الثلث إلى السدس كما يحجبها الثلاثة وعلى هذا العمل من الصدر الأول من الإسلام لأن الله سبحانه وتعالى جعل الاثنين كالجمع في فرض الثلثين في ميراث الأخوات والبنات .

ففي الأخوات قال تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾^(٣) ، كما فرضه للجمع لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ وقد

(١) البحر الزخار ٥/ ٣٤٤ ، ورياض الشامل ٢/ ٣٠٩ ، وشرائع الأحكام ص ٣٠٩ .

(٢) الميراث المقارن ص ١٥٦ .

(٣) الآية رقم ١٧٦ من سورة النساء .

سوى سبحانه فى ميراث الأخوة لأم بين المثنى والجمع فى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾^(١) وهذا صادق بالمثنى وقد جعل الشارع للاثنتين حكم الجمع فى صلاة الجماعة ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «الاثنتان فما فوقهما جماعة»^(٢).

وقال ابن عباس رضى الله عنهما: أن الاثنتين كالواحد لا يحسبان الأم عن الثلث إلى السدس حيث ترث الأم معهما الثلث كاملاً لأن لفظ الأخوة جمع وأقل الجمع المتفق عليه فى اللغة والشرع ثلاثة، والجمع لا يشمل المثنى وقد روى أن عباس قال لعثمان رضى الله عنه: ليس الأخوان أخوة فى لسان قومك فلم تحجب بهم الأم فقال: لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلى ومضى فى البلدان وتوارث الناس به. وأجازه عثمان له فى ذلك وعدم اعتراضه عليه فى الفهم من اللغة يعتبر حجة فى أن أقل الجمع ثلاثة^(٣).

والراجع،

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو أن الاثنتين كالجماعة فى حجب الأم عن الثلث إلى السدس لأن قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ لم ينف كون الاثنتين أخوة لأن العرب لا تمنع إطلاق الجمع على الاثنتين بل منهم من يجعل المثنى جمعاً حقيقة لأن التثنية ضم شىء إلى مثله ولا معنى فى الجمع سوى هذا، وقد روى أنه قيل لزيد بن ثابت: أن الله تعالى يقول: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ

(١) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(٢) رواه ابن ماجة والدارقطنى كما فى الميراث المقارن ص ١٥٧.

(٣) الميراث المقارن ص ١٥٦.

السُّدُسُ ﴿١﴾ وأنت تحجبها بالأخوين، فقال: إن العرب تسمى الأخوين أخوة، وقد أطلق القرآن لفظ الجمع على المثني فقال تعالى: ﴿إِنْ تَتُوبَا إِلَى اللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ (١) وهما قلبان، ويؤكد ذلك قول عثمان لابن عباس: «لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به ودليل على أن الإجماع في عهد أبي بكر وعمر رضى الله عنهما قد انعقد على تنزيل الاثني منزلة الثلاثة في الميراث ومع هذا الإجماع لا عبرة بأى خلاف يحدث بعده» (٢).

المسألة الثالثة

وقد اختلف فيها الفقهاء فقال الجمهور أن السدس الذي تحجب عنه الأم بواسطة الأخوة لأم مع وجود الأب يكون للأب كله ولا ترث الأم منه شيئاً لأن صدر الآية وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ يؤخذ منه أن الأب له الباقي كله بعد الثلث وهو الثلثان فكذلك عجزها وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ يؤخذ منه أيضاً أن للأم السدس وأن الباقي بعد للأب لأن الآية بينت أن الأخوة يحجبونها، وليس فيها أنهم يأخذون شيئاً فيكون ما بقي كله للأب (٣).

وقال ابن عباس: إن هذا السدس يكون للأخوة الذين حجبوها عن الثلث إلى السدس لا للأب لأنهم حجبوها ليأخذوه لأن غير الوارث لا يحجب، كما إذا كانوا كفاراً ولا يعقل أن يكون وجودهم لزيادة نصيب الأب فقط، وقد روى طاووس: أن النبي ﷺ: «أعطى الأخوة السدس مع الأبوين» (٤).

(١) الآية رقم ٤ من سورة التحريم.

(٢) الميراث المقارن ص ١٥٨.

(٣) المحلى مع المنهاج ٣/ ١٤٠، ومغنى المحتاج ٣/ ١٠.

(٤) الميراث المقارن ص ١٥٨، وشرح السيد على السراجية ص ١٢٩.

القول الراجح :

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنه أقرب إلى لفظ القرآن الكريم لأن الأخوة لأم الذين حجبوها عن الثلث إلى السدس وارثون بالنسبة لها لكنهم محجوبون بالأب بخلاف ما إذا قام بهم مانع من الإرث كالكفر فإنهم محرمون ولا يحجبونها أصلاً، وأما ما روى من أن رسول الله ﷺ أعطى الأخوة لأم السدس مع الأبوين فقد كان وصية وليس ميراثاً وهذا ما رواه طاووس نفسه . بل إن البعض قد طعن في ثبوت هذه الرواية عن ابن عباس كما في شمس الدين السرخسي لأن مذهب ابن عباس في الجدة مع الأخوة كمذهب أبي بكر رضى الله عنه في أنهم لا يرثون شيئاً معه فكيف يرثون مع الأب وهو أقرب درجة من الجدة فثبت ما ترجح لدى جمهور الفقهاء من أن السدس الذى حجبت عنه الأم بالأخوة لأم مع الأب يكون كله للأب^(١).

المسألة الرابعة

فى إرث الأم مع الأب وأحد الزوجين

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة فقال الجمهور للأم فيها ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين، وقال : ابن عباس للأم ثلث جميع التركة .

واستدل جمهور الفقهاء بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ أى ثلث ما يرثه الأبوان لأنه لو لم يحمل فى هذا لكان قوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ ﴾ خالياً عن الفائدة، ويكفى فى البيان أن يقول سبحانه : « فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ » كما قال تعالى فى حق البنات : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ

(١) الميراث المقارن ص ١٥٨ وما بعدها .

وَأَحَدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴿﴾ بعد قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ ﴿﴾ فلما قال تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ﴾ عرفنا أنه جعل للأم ثلث ما يرثه الأبوان، إن كان معهما زوج فلها ثلث الباقي وإن لم يكن معها زوج فلها ثلث جميع التركة لأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للأم ثلث الباقي كما لو كان معهما بنت كما قال ابن قدامة^(١).

واستدل ابن عباس في أن للأب ثلث جميع التركة قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ وقال يعني ثلث جميع التركة لأن الثلث هنا معطوف على الثلثين في قوله تعالى: ﴿فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ وعلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ يعني نصف ما ترك فكذلك قوله تعالى: ﴿فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ يعني ثلث ما ترك، ولأن السدس المفروض لها قبله وبعده في الآية هو سدس جميع التركة ويؤيد ذلك أن جميع السهام المقدرة في التركة للورثة في كتاب الله كلها منسوبة إلى أصل التركة وحيث لم يفرض لها بالنص ثلث الباقي في أي حال فيجب لها ثلث جميع المال لأنه لا فرض إلا بنص.

ولقوله ﷺ: «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأول رجل ذكر» والام ذات فرض مسمى والأب عاصب بنفسه فيجب لها فرضها كاملاً وما بقي قل أو كثر يكون للأب لأنه أول رجل عاصب عملاً بنص الآية والحديث^(٢).

القول الراجح:

والراجح ما ذهب إليه الجمهور وهو أن للأم ثلث الباقي بعد فرض الزوجين

(١) المغنى ٢١/٧.

(٢) الميراث للمقارن ص ١٦٠.

حتى لا تأخذ الأم أكثر من الأب ولا تأخذ الأنثى أكثر من الرجل إذا تساوى في درجة القرابة وهذا يخالف ما عليه الإجماع والنص عند التساوى في درجة القرابة بالنسبة للذكر والأنثى أن يكون نصيب الذكر مثل حظ الأنثيين وهذا في الأبناء والأخوة والأب مع الأم كالابن مع البنت وكالأخ مع الأخت ولا يتصور أن تساوى البنت مع أخيها الذكر ولا الأخ مع أخته فكيف تتصور أن تأخذ أكثر منه من باب أولى . ولهذا جاء القيد في الآية بقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَةُ أَبَوَاهُ ﴾ لإفادة هذا المعنى وإلا لم يكن لهذه الزيادة فائدة وحاشا لله سبحانه وتعالى أن يكون في كلامه ذلك وهذه الفائدة هي التي دلت على أن للأم هنا ثلث الباقي فقط كما قال جمهور الفقهاء لأنها لو أخذت ثلث جميع المال لأخذت ضعف الأب إن كان معهما زوج أو قريباً منه إن كان معها زوجة وهذا يتعارض مع تفضيله عليها بالضعف إن لم يكن معهما ولد ولا أخوة ولا أحد الزوجين أو استغرقتا التركة ولا يسير على قاعدة الموارث وهي أن الذكر له ضعف الأنثى التي في درجته. كما في الابن والبنت والأخ والأخت فكذلك في الأم والأب لأنهما في درجة واحدة بالنسبة للابن المستخلفان عنه في التركة والميراث .

ويرد على شبهة ابن عباس في تفسيره للآية : بأن معنى الآية على تسليم ما فهمه أن المراد «ما ورثه أبواه خاصة» ولم يكن معهما وارث آخر بحيث أنهما استغرقتا التركة أو يكون المراد أن لها ثلث ما يرثه الأبوان .

أما الاستدلال بالحديث بأن النبي ﷺ أعطى الأم ثلث الباقي فالجواب عنه أنه ﷺ أعطاهما ثلث الباقي لها وللأب وهذا لا يتعارض مع مفهوم الآية وما فهمه منها عامة الصحابة والفقهاء وأصحاب المذاهب الفقهية حتى صار بمنزلة الإجماع الذي يجب الوقوف عنده في هذا المقام والله أعلم .

المبحث السابع

المذاهب فى ميراث الجد مع الأخوة والأخوات

المراد بالجد هنا الجد الصحيح لأنه من عصبة الميت ومن أصحاب الفروض لأن الجسد غير الصحيح وهو ما يسمى فى باب الميراث بالجد الفاسد هو من ذوى الأرحام.

والجد الصحيح هو الذى يتنسب إلى الميت بدون أن تدخل بينه وبين الميت أنثى كما فى الجد أب الأب وإن علا أما أب الأم فإنه جد فاسد لأن الأم تفصل بينه وبين الميت فالميراث لها لا له. ويسمى الجد الصحيح أباً فى اللغة ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿مَلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾^(١) مع أنه جد للنبي ﷺ وللمسلمين، ولهذا اعتبر الجد أباً عند عدم وجود الأب لأنه يقوم مقامه ويحل محله فى الشرع واللغة، ويؤيد ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ﴾^(٢) والمراد بهما آدم وحواء مع أنهما فى الحقيقة أجداد لما عدا الطبقة الأولى من ذريته، كما يؤيد، قوله ﷺ: «ارموا بنى إسماعيل فإن أباكم كان رامياً»^(٣).

ولذلك فإن الإجماع قائم على أن الجد يقوم مقام الأب عند موت الأب وعلى أن الجد لا يرث مع وجود الأب وعلى أن الجد عند عدم الأب يحجب أولاد الأضياف، والمراد بهم الأخوة لأم كما يحجبهم الأب، لأن

(١) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) الآية ٣٧ من سورة الأعراف.

(٣) الميراث المقسارون ص ١٦٣، والمغنى ٦٦/٧، ومغنى المحتاج ٢١/٣، والوسيط فى الموارث للمؤلف ص ٥٥.

أولاد الأم (الأخوة لأم) لا يرثون إلا الكلاله وهو الميت الذى لم يخلف والدًا ولا ولدًا.

ومع هذا الإجماع فقد وجدت للجد فى الميراث بالنسبة للأب بعض المسائل التى حصل فيها خلاف ولهذا كان للجد الصحيح أحوال حسب مسائله فى الميراث بعضها متفق عليه وبعضها محل خلاف .

أحوال الجد المتفق عليها فى الميراث والتى ميراثه فيها كميراث الأب :

أولاً : حالة ميراثه بالفرض المحض إن وجد معه فرع وارث مذكر وله فى هذه الحالة السدس فرضاً فقط .

ثانياً : حالة ميراثه بطريق الفرض والتعصيب وذلك إذا وجد معه فرع وارث مؤنث ويفرض له فى هذه الحالة السدس ثم يأخذ الباقي تعصيباً .

ثالثاً : حالة ميراثه بالتعصيب فقط وذلك يتحقق عند عدم وجود فرع وارث مطلقاً مذكر أو مؤنث وعدم وجود أخوة أشقاء أو لأب . كما تتحقق هذه الحالة إذا وجد مع الجد فرع للميت غير وارث كابن البنت الذى ماتت أمه فى حياة جده .

الأحوال التى يختلف فيها الجد عن الأب فى الميراث :

الحالة الأولى : الأب لا يحجب بحال ، والجد يحجب بالأب لأنه يدلى به .

الحالة الثانية : الجد لا يحجب أم الأب ، والأب يحجبها لأنها تدلى به .

الحالة الثالثة : إذا اجتمع الجد والأم وأحد الزوجين فإن الأم تأخذ معه ثلث جميع المال بخلاف ما إذا اجتمع الأب والأم وأحد الزوجين فإن الأم تأخذ ثلث

الباقى بعد فرض الزوجين^(١). كما هو مذهب جمهور الفقهاء والحنفية خلافاً لأبى يوسف.

الحالة الرابعة : الأب يحجب الأخوة الأشقاء أو لأب إجماعاً وأما الجد فقد اختلف فى حجية لهم وهذه الحالة مشهورة بمسألة مقاسمة الجد للأخوة عند الفقهاء وهى التى حصل فيها خلاف كبير للفقهاء وقد تخلص هذا الخلاف فى مذهبين :

أحدهما : أن الجد بمنزلة الأب فيحجب الأخوة والأخوات كالأب وهو قول أبى بكر وابن عباس وعائشة وجماعة من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم وهذا مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه^(٢).

الثانى : أن الجد يشارك الأخوة فى الميراث وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجماعة من الصحابة والتابعين وهو مذهب الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء^(٣).

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالقرآن فى أنه سمي الجد أبا كما فى قوله تعالى : ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ ويقول الله ﷻ : «الْحَقُّوا الْقَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَلْأُولَِّى رَجُلٌ ذَكَرَ» والجدة أولى من الأخوة لأنه أول رجل ذكر، وبأن الجدة لا يحجب بسوى الأب بخلاف الأخوة والأخوات فإنهم يحجبون بالأب والابن

(١) هذه الحالة هى المشهورة بالفراوية أو المسألة العمرية لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه هو أول من حكم بها واشتهرت وصارت مع هذا الحكم لشهرتها بين الصحابة كالقمر الأغر أى الكامل فى الضياء والذبيوع . انظر : الميراث المقارن ص ١٥٩ ، ١٦٣ .

(٢) الميراث المقارن ص ١٦٥ .

(٣) الوسيط فى الموارث للمؤلف ص ٥٦ ، والمرجع السابق ص ١٦٦ .

والابنة، وبأن الجد يرث بالفرض والتعصيب كالأب والأخوة يرثون بالتعصيب فقط ولهذا قال ابن عباس: ألا يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً^(١).

وعلى هذا المذهب يستقل الجد بالميراث ويحجب الأخوة من أى جهة كانوا من الميراث^(٢).

أدلة المذهب الثانى القائل بمشاركة الجد والأخوة فى الميراث :

استدل أصحاب هذا المذهب وهم الجمهور بما يأتى :

أولاً : باستواء الجد مع الأخوة فى الإدلاء إلى الميت بدرجة واحدة.

ثانياً : بأن الأخوة من أى جهة ثبت ميراثهم بالكتاب ولا يصح أن يحجبوا إلا بنص أو إجماع ولم يرد نص ولا إجماع فى ذلك^(٣).

المذهب المختار :

والمذهب الراجح والمختار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم وأما الرد على المذهب الأول باستدلال القرآن فى تسمية الجد أباً. فإنه مجاز وأما حديث: «الحقوا الفرائض بأهلها» فإنه لا دليل يدل على تخصيصه بالجد لأن الأخوة يحجبون به وبغيره فذلك لأن لكل من الجد والأخوة مع الاستقلال حالة حجب وحالة عدم حجب بخلاف ما إذا اجتمعا معاً.

وأما استدلالهم بأن الجد يرث بالفرض والتعصيب بخلاف الأخوة حيث لا يرثون إلا بالتعصيب فقط بأن هذا لا يؤدى إلى الأفضلية للجد على الأخ والا

(٢) الميراث المقارن ص ١٦٦.

(٣) الميراث المقارن ص ١٦٦.

لأدى إلى أفضليته على الابن لأنه لا يرث إلا بالتعصيب مطلقاً، ولم يقل بذلك أحد من الفقهاء^(١).

مأخذ القانون :

وقد أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب الجمهور وذلك في المادة ٢٢ منه لأنه نظر إلى نصيب الجد سيئول إلى أولاده وهم أعمام الميت مع أن أخوته أقرب درجة منهم ولهذا شرك بين الجد والأخوة ونص هذه المادة :

إذا اجتمع الجد مع الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان:

الأولى : أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً أو إناثاً عصيين مع الفرع الوارث من الإناث.

الثانية : أن يأخذ الباقي بعض أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجسد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض السدس ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الأخوة أو الأخوات لأب.

بعض مسائل الجد والأخوة على مذهب المقاسمة

الحالة الأولى : إذا اجتمع جد صحيح مع أخوة وأخوات أشقاء أو لأب وليس معهم صاحب فرض في الميراث فللجد أحظ النصيبين عند التقسيم الثلث أو مقاسمتهم لأخ.

(١) الميراث المقارن ص ١٦٦ وما بعدها.

فإذا كان معه أخوان وأخت فيفرض له الثلث والباقي للأخوة الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين لأن مشاركته للأخوة كأخ في هذه الحالة ينقص نصيبه عن الثلث وحقه لا يقل عن الثلث مع الأخوة^(١).

وإن كان معه أخ وأخت فقط اعتبر كأخ معهم وقسمت التركة على أنهما أختان وأخت لأن نصيبه في هذه الحالة يزيد عن الثلث وهذا أحسن له فيفرض له بطريق المشاركة معهم.

ومثال الأولى : ما إذا مات الميت وترك : جده، أختان شقيقان، أخت شقيقة، أخ لأب.

ومثال المسألة الثانية : ما إذا مات الميت وترك : جده، أخ شقيق، أخت شقيقة^(٢).

الحالة الثانية : إذا اجتمع الجد مع الأخوة وكان معهم صاحب فرض.

وميراث الجد في هذه الحالة الأكثر من سدس التركة كلها أو ثلث الباقي بعد أصحاب الفروض فيفرض للجد أحسن النصيبين السدس أو ثلث الباقي، فإن كان السدس أحسن له فرض له، وإن كان ثلث الباقي أحسن له فرض له.

فمثال السدس : ما إذا مات الميت وترك : بنتين، وجد، وأخوين شقيقين، وأخت شقيقة.

(١) مغنى المحتاج ٢١/٣، والوسيط في الموارث للمؤلف ص ٥٦.

(٢) المحلى مع المحتاج ١٤٦/٣، وقليوبى ١٤٦/٣، ومغنى المحتاج ٢١/٣، والوسيط في الموارث للمؤلف ص ٥٧.

ومثال ثلث الباقي : ما إذا مات الميت وترك: زوجة، أم، وجد، وأخوين، وأخت أشقاء^(١).

ومثال مقاسمة الجد للأخوة : ما إذا مات الميت وترك: بنت، وجد، وأخ شقيق، وأخت شقيقة^(٢).

الحالة الثالثة للجد مع الأخوة: إذا اجتمع مع أصحاب فروض استغرقت فروضهم جميع التركة.

وفى هذه الحالة يفرض للجد السدس مع العول فى أصل المسألة أى يضم سدس الجد إلى أصل المسألة لتعول سهامها وتعتبر بعد العول أصلاً.

ومثال هذه المسألة : ما إذا مات الميت وترك: بنتين، أم، زوج، جد، وأخ وأخت أشقاء^(٣).

الحالة الرابعة للجد مع الأخوة: أن يبقى له بعد أصحاب الفروض أقل من سدس التركة، وفى هذه الحالة يفرض السدس له وتعال المسألة.

ومثال ذلك: ما إذا مات الميت وترك: بنتين، زوج، جد، وأخوان شقيقان^(٤).

الحالة الخامسة للجد مع الأخوة: أن يبقى السدس فقط بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم فى هذه الحالة يأخذ الجد السدس كله وحده ولا يشاركه فيه أحد من الأخوة.

ومثال ذلك: ما إذا مات الميت وترك: بنتين، أم، جد، وأخوان شقيقان.

(١) المراجع السابقة، والوسيط للمؤلف ص ٥٨.

(٢) الوسيط فى الموارث للؤلّف ص ٥٩.

(٣) الوسيط للمؤلف ص ٦٠.

(٤) المحلى على التنهاج ١٤٧/٣، والوسيط ص ٦١.

الحالة السادسة: أن يكون مع الجد أخوة وأخوات لأبوين ولأب.

وفى هذه الحالة يطبق معه عند الميراث الحالات السابقة أى أن له الأكثر الثلث أو السدس أو ثلث الباقي أو المشاركة.

ولكن عند المشاركة يعد أولاد الأبوين عليه أولاد الأب فى القسمة فإذا أخذ الجد حصته وهى الأكثر مما تقدم فإن كان فى أولاد الأبوين ذكر فالباقي بعد نصيب الجد لهم ولا شئ للأخوة لأب لحجبهم بالأشقاء.

مثال ذلك: ما إذا مات وترك: جد، وأخ شقيق، وأخ وأخت لأب.

الحل: الجد يأخذ الثلث لأنه أحظ له من المقاسمة حيث يعد عليه الأخ الشقيق الأخوة لأب لو أخذ الجد بطريق المشاركة فيكون الأحسن للجد أن يفرض له الثلث والباقي وهو الثلثين ينقسم به الأخ الشقيق وحده دون الأخوة لأب تعصياً حيث يحجب الأخوة لأب لأنه أقرب منهم درجة.

الحالة السابعة: أن يكون مع الجد أخوة ولكن لا يوجد فيمن كان لأبوين ذكر بل إناث فقط. وفى هذه الحالة يأخذ الجد الأحسن من الثلث أو المقاسمة مع الأخوة، ثم تأخذ الأخت الواحدة ما يكمل النصف لأن لها النصف بالفرض فلا تقل عنه وتأخذ الأختان بعد القسمة ما يكمل الثلثان لأنه نصيبها فرضاً وفى الحالة الأولى ما بقى للأخ لأب إن كان ذكراً تعصياً وفى الحالة الثانية لا يبقى له شئ لاستغراق التركة من الجد والأختين الشقيقتين لأن الجد له الثلث والأختين لهما الثلثان.

الحالة الثامنة: أن يكون مع الجد أخوة إناث فقط.

وفى هذه الحالة يكون الجدد معهم كأخ فلا يفرض لهن معه إلا فى الأكدرية،
وهى: زوج، أم، وجد، وأخت لأبوين، أو لأب.

للزوجة النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف فتعوز
المسألة من ستة إلى تسعة ثم يقتسم الجدد والأخت تصيبهما وهما أربعة أثلاثاً له
الثلاثان ولها الثلث ولا ثلث صحيح للأربعة فتضرب التسعة وهى المسألة بعد عولها
فى ثلاثة مخرج المسألة بالنسبة للجد والأخت لأنهما بمنزلة أخ وأخت فتصير سبعة
وعشرين حاصل ضرب 9×3 فتصبح المسألة للجد ثمانية من سبع وعشرين
حاصل ضرب 2×4 ، وللأخت أربعة من سبعة وعشرين حاصل ضرب 1×4 ،
وللأم ستة من ٢٧ حاصل ضرب 2×3 ، وللزوجة تسعة من ٢٧ حاصل
ضرب 3×3 .

وفى هذه المسألة صار نصف الزوج ثلثاً، وثلث الأم ثلث الباقي بعد الزوج
ونصف الأخت ثلث الباقي بعد الأم والزوج، وسدس الجد صار إلى الباقي بعد
نصيب الأم والأخت والزوج لا من أصل المسألة^(١).

ويلغز بهذه المسألة فيقال: رجل خلف أربعة من الورثة فأخذ أحدهم ثلث
المال، وآخر ثلث الباقي، وآخر ثلث باقى الباقي، والرابع الباقي، فالأول:
الزوج، والثانى: الأم، والثالث: الأخت، والرابع الجد.

وإنما فرض للأخت مع الجدد فى مسألة الأكدرية هذه ولم يعصبها فيما بقى
لنقصه بتعصيبها فيه عن السدس فرضه الأصلى. وإنما اقتسم الجد معها فرضيهما
بطريق التعصيب ليأخذ الأفضل من الميراث والتعصيب له أفضل من الأخذ بطريق
الفرض لأنه فى التعصيب أخذ أكثر من السدس.

(١) المحلى على النهاج مع قلوبى وعميرة ١٤٧/٢ وما بعدها، ومغنى المحتاج ٢٣/٣

ولو كان بدل الأخت أخ في هذه المسألة سقط الأخ لأنه عصبية بنفسه ولا يبقى له شيء حيث يستغرق الورثة التركة لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس وهي كل سهام التركة .

ولو كان بدل الأخت أختان فللأم السدس لوجود عدد من الأخوة وللأختين السدس الباقي لتعصيب الجد لهما ثم أخذه السدس وترك الباقي لهما لأن السدس أقل فرض له وهو أحسن له من القسمة معهما فيستقل به ويترك الباقي لهما باعتبارهما عصبية . وسميت الأكدرية لأن سائلها اسمه أكدر وقيل غير ذلك ، لأن الجد يكدر على الأخوة أحياناً فلا يرثون معه .

المبحث الثامن

العول والرد في الميراث

أولاً - معنى العول في اللغة والاصطلاح،

العول في اللغة يطلق على الارتفاع والزيادة كما يطلق على الميل والجور فمن الأول قولهم: عال الميزان إذا ارتفع، ومن الثاني قولهم: فلان عال في حكمه أى جار ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾^(١).

أما العول عند الفقهاء: فهو زيادة ما يبلغه مجموع السهام المأخوذة من الأصل عند ازدحام الفروض عليه على هذا الأصل مما يترتب عليه نقص في مقدار سهامه^(٢).

(١) الآية ٣ من سورة النساء .

(٢) الوسيط في الميراث للمؤلف ص ٩٣ ، والميراث المقارن ص ١٧٤ .

وأول فريضة حدث عول فى سهامها فى الإسلام كانت فى زمن الخليفة عمر
رضى الله عنه وكسنت فى زوج وأختين، حيث حكم للزوج بالنصف وللأختين
بالثلثين ومجموع سهامهم ٧ وأصل المسألة من ٦.

ونظراً لأن العول لم يحدث فى عهد النبى ﷺ ولا فى عهد الخليفة الأول
فقد حدث خلاف فيه فى عصر عمر فى أول الأمر ولكن بعد الحكم حصل
الإجماع على حكم عمر وصحته.

وقد نقل عن ابن عباس خلافه فى الحكم بالعول بعد عمر رضى الله عنه
وقال بأنه لا عول فى الفرائض حيث يبدأ بما بدأ الله به وما تأخر يأخذ ما بقى له
وقد أخذ الإمامية بمذهب ابن عباس مستدلين بظاهر آيات الميراث وبأن التركة إذا
تعلقت بها حقوق لا تفى بالتركة قدم الأقوى منها فالأقوى كالتجهيز والدين
والوصية والميراث لا يخرج عن هذه القاعدة عندهم لأن الفروض إذا ضاقت قدم
الأقوى منها فالأقوى والفروض الأقوى فى نظرهم هى التى لا ترث بالتعصيب
بحال كالأم والزوج والزوجة.

أما عامة فقهاء الصحابة والتابعين فقد قالوا بالعول ولهذا كان إجماع أئمة
المذاهب الفقهية والزيدية على ثبوته والحكم به فى مسائل الميراث وذلك استدلالاً
بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

فمن الكتاب آيات الميراث على إطلاقها، ومن الحديث: حديث «الحقوا
الفرائض بأهلها مما بقى فلاولى رجل ذكر».

وأما الإجماع: فهو إجماع الصحابة بما فيهم ابن عباس على دخول النقص
على البنات والأخوات فى الميراث وليس بعض ذوى السهام أولى ببعض حتى
ينقص من حق البعض دون الآخر فوجب المصير إلى المساواة بين الجميع عند

حدوث العول وجعل النقص حسب السهام بين كل الورثة تحقيقاً للعدالة وهذا ما تحقق فيه الإجماع في عصر عمر عند حكمه به ولم يحدث لابن عباس فيه خلاف وقت الحكم.

والعقل أيضاً يقضى حسب القياس الشرعى الصحيح بالنسبة للفروض المقدرة في كتاب الله بأنه إذا ضاق الأصل عن جمعها قسمت التركة على قدرها كما يقسم المال بين الغرماء بالخصص إذا عجز عن وفاء الجميع وهذا لا خلاف فيه لأحد بالنسبة لمال الحى وللمال الميت.

وأما الشبهة في قول ابن عباس: أن الذى أحصى رمال عالج لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً، فإنه يرد عليها بأن الله سبحانه لم يرد أن يأخذ الورثة نصفاً ونصفاً وثلثاً وإنما يذكر ذلك ليعرف قدر أصل السهام ومقدار النقص عليهم، وقول ابن عباس هذا يتعلق بالعول في مسألة حدثت بعد عصر عمر وهى زوج وأم وأخت لأب حيث قال: إن الذى أحصى رمال عالج عدداً لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً، هذان النصفان قد ذهبا بالمال فأين الثلث؟ وقال: لو قدموا ما قدم الله وأخروا ما أخر الله تعالى ما عالت فريضة قط، فقليل له من قدم الله ومن أخر؟ فقال: قدم الزوجين والأم والجدة وأخر البنات والأخوات. فقليل له لم لم تقل هذا لعمر؟ فقال: كان رجلاً مهيباً فهبته، فقال له عطاء بن أبى رباح: إن هذا لا يغنى عنى ولا عنك شيئاً لو مت أو مت لقسم ميراثنا على ما عليه الناس وتسمى هذه المسألة بالمباهلة^(١).

(١) راجع التفصيل في كتابنا الوسيط في الموارث ص ٩٤ وما بعدها، والميراث المقارن ص ١٧٥ وما بعدها، وشرح الترتيب ٤٣/١.

هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب الجمهور وهو العول فى المادة ١٥ منه ونصها: «إذا زادت أنصباء الفروض عن التركة قسمت بينهم بحسب أنصبتهم فى الإرث».

طريقة حل مسائل العول:

الطريقة هى أن تعرف أصل المسألة وتعرف سهام كل ذى فرض ثم تجمع هذه السهام وحاصل هذا الجمع يسمى أصلاً للمسألة بعد العول وتقسم التركة عليه وبذلك يدخل النقص على كل السهام بالتساوى فيما بينهم حسب سهامهم أى تنقص قسمة الغرماء فى المال الذى لا يوفى كل حقوقهم.

ثانياً - الرد فى اللغة والاصطلاح:

الرد لغة الصرف والإعادة، يقال رددته عن كذا بمعنى صرفته عنه ويقال: رددت إليه حقه بمعنى صرفته إليه.

أما الرد: فى باب الميراث عند الفقهاء: فيراد به دفع ما فضل من فروض أصحاب الفروض والسهام المقدرة على أصحاب هذه السهام مرة أخرى بنسبة سهامهم الأصلية وبذلك يستحقون الميراث فى هذه الحالة فرضاً ورداً.

شروط الرد: ويشترط للحكم بالرد فى الميراث ثلاثة شروط وهى:

أولاً: وجود صاحب فرض.

ثانياً: بقاء فائض من التركة.

وثالثاً: عدم عاصب بالنفس أو بالغير يستحق هذا الباقى.

من يرد عليه من أصحاب السهام :

ومذهب جمهور الفقهاء على أن الرد يشمل أصحاب الفروض المقدرة في كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ما عدا الزوجين حيث لا رد عليهما، لأن الرد مبنى على القرابة النسبية وهي لا تتحقق مع الزوجين لأن قرابتهما بالعقد لا بالدم ولأنها قد تنقطع في بعض الأحيان بالموت أو بالطلاق بخلاف قرابة النسب وهي ما تعرف بقرابة ذى الرحم فإنها لا تنقطع بأى حال من الأحوال، حتى وإن لم يتوفر معها في بعض الأحيان استحقاق الميراث لوجود المانع منه.

مذهب الفقهاء في الرد في الميراث :

١ - ومذهب زيد بن ثابت، وهو القول بعدم الرد على أى صاحب فرض مطلقاً حيث ما بقى بعد أصحاب الفروض يذهب إلى بيت المال.

مستنداً بظاهر الكتاب وبقول الرسول ﷺ: «إن الله أعطى كل ذى حق حقه»، ولا يستحق وارث أكثر من حقه والرد فيه زيادة ولا دليل عليها، والحكم بذلك يعتبر تعدياً على حدود الله وقد حذر الله من ذلك في قوله سبحانه: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾^(١). وقوله بعد ذلك: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾^(٢).

٢ - المذهب الثانى: مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه: وهو القول بالرد على كل أصحاب الفروض بما فيهم الزوجين، واستدل بأن النقص يشملهم لو عالت الفريضة فكذا يكون الحكم عند الرد أى يشملهم لتحقيق العدالة في

(١) سورة النساء الآية ١٣.

(٢) سورة النساء الآية ١٤.

القسمة فى الجانبين وعملاً بالقاعدة الشرعية: الغنم بالغرم، وهى قاعدة عامة تشمل مسائل الموارث وعلى أساسها كان ترتيب الورثة وتقدير سهامهم المقدرة حسبما ورد ذكرها فى الكتاب والسنة^(١).

٣ - المذهب الثالث: مذهب عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وجمهور الصحابة والتابعين، وهو الرد على ما عدا الزوجين والأب والجد من أصحاب الفروض، وبهذا المذهب أخذ أبو حنيفة وأحمد والشافعية فى المعتمد عندهم وبعض المالكية.

وذلك لأن الرد بسبب قرابة الرحم وهى لا تتحقق فى أحد من الزوجين بذاتها، ولأن الرد على الأب أو الجد يتعارض مع أن شرط الرد عدم وجود عاصب يرد عليه باقى المال بعد أصحاب الفروض وكل منهما عاصب بنفسه فىأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض، ولهذا فلا يتصور الرد فى الميراث مع أحدهما.

وقد استدلل أصحاب هذا المذهب: بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ فإن الباقي بعد أصحاب الفروض يرد على ذوى الرحم من أهل القرابة ونظراً لأن أصحاب الفروض من ذوى الرحم وهم أقرب درجة من ذوى الأرحام فى الميراث حيث يشتركون جميعاً فى قرابة الرحم فيقدمون عليهم فى الميراث ولهذا رد المال الباقي على أصحاب الفروض تطبيقاً لقاعدة الموارث أن القريب مقدم على البعيد وعلا بآيات الموارث جميعها أى بآية السهام والفروض المقدرة فى كتاب الله وآية الموارث العامة وهى قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾.

(١) الميراث المقارن بتصرف ص ١٨١.

كما استدل أصحاب هذا المذهب بما روى: أن المرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله تصدقت على أمي بجارية، فماتت أمي وبقيت الجارية، فقال ﷺ: «وجب أجرك ورجعت إليك في الميراث» فقد جعل النبي ﷺ ميراثها في الجارية النصف فرضاً والباقي ردّاً وهذا دليل الرد^(١). ويؤيد ذلك الحديث المتفق عليه: «من ترك مالا لورثته»^(٢).

٤ - المذهب الرابع: مذهب ابن عباس رضى الله عنهما وهو الرد على غير الزوجين والجدّة. مستدلاً لمذهبه بما استدل به الجمهور في الرد على غير الزوجين. وأما عدم الرد على الجدّة فدليله أن ميراثها ثبت طعمة لهما من رسول الله ﷺ حيث لم يثبت لها نصيب مقدر في كتاب الله كالأم ولم ينص الكتاب على أن الجدّة أم كما نص على أن الجد أب في اللغة أى يقوم مقامه^(٣).

الترجيح:

والمذهب الراجح هو ما قال به جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم ووضوحها ولأن العمل بمذهبهم يجمع بين كل النصوص الشرعية الواردة بشأن الميراث والجمع بينهما إذا أمكن أولى من إهمال البعض والعمل بالبعض الآخر بدون دليل قاطع في هذا يدل على التمسك أو العمل بهذا البعض وحده ولذلك وجب المصير إلى الجمع بين الأدلة وطريقة الجمع هذه توجبها الأدلة النقلية الصحيحة والعقلية السليمة وذلك لأن الجدّة تحمل محل الأم عند عدمها طبقاً لقواعد اللغة لأن الجد

(١) الميراث المقارن يتصرف ص ١٨٢ وما بعدها، والزيلى ٢٤٧/٦.

(٢) كما في المغنى ٤٧/٧.

(٣) الميراث المقارن يتصرف ص ١٨٣.

أصل للأب كما أن الجدة أصلاً للأم فكل منهما أصل للآخر فالأب المراد به الوالد في اللغة وهذا يشمل الذكر والأنثى وإن كان الذكر يختلف عن الأنثى في بعض الأمور الشرعية ومنها أن الذكر عصبة بنفسه في الميراث دون الأنثى.

هذا وقد أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب جمهور الفقهاء وهو الرد على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين إلا إذا لم يكن أحد منهم ولا من القرابة النسبية حيث ورث ذوى الأرحام فيكون الرد عليهم لأنهم أقرب للميت من بيت المال. وذلك في المادة ٣٠ من هذا القانون ونصها: «إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبة من النسب، والباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام».

المبحث التاسع

مذاهب العلماء في ميراث ذوى الأرحام

تعريف ذى الرحم:

الرحم في اللغة هو مطلق القريب مطلقاً فرعاً كان أم أصلاً أم حاشية بواسطة النسب كان أم بالمصاهرة كقرابة الزوجية أم بالسبب كالمولى المعتق^(١).

أما ذوى الأرحام في اصطلاح علماء الميراث في الفقه الإسلامى فيراد به كل من ليس صاحب فرض ولا عصبة بقسيمها^(٢).

(١) المصباح المنير ومختار الصحاح مادة «رحم».

(٢) المحلى على المنهاج ٤/١٣٨، والوسيط في الموارث للمؤلف ص ٢٥ والميراث القانون ص ١٨٦، وحاشية الخضرى على الرحيبة ص ١٦٠.

أصناف ذوى الأرحام حسب التعريف السابق :

وذوى الأرحام عند الحنفية أربعة أصناف إجمالاً هي :

- ١ - من يتنسب إلى الميت من فرعه البنات ذكراً كان أم أنثى .
- ٢ - من يتنسب إليه الميت من جهة أمه إذا كان ذكراً كالجد أبى الأم .
- ٣ - من يتنسب إلى أبوى الميت إن كان من الإناث كبسنت الأخوة، وبنات الأعمام .
- ٤ - من يتنسب إلى جدى الميت من جهة أبيه أو من جهة أمه أو إلى جدتيه مثل العمات مطلقاً، الأعمام لأم، والأخوال لأم، والخالات أى أعمام أم الميت وأخوالها وخالاتها .

وأما أصناف ذوى الأرحام تفصيلاً : فهم عشرة أصناف عند الشافعية وهم :

- ١ - الجد الفاسد وهو أب الأم وأب أبى الأم، أم أبى الأم .
- ٢ - أولاد البنات وأولاد بنات الابن .
- ٣ - بنات الأخوة من أى جهة كن .
- ٤ - أولاد الأخوات من أى جهة ذكوراً وإناثاً .
- ٥ - أبناء الأخوة لأم ذكوراً وإناثاً .
- ٦ - العم لأم من جميع الجهات الثلاث .
- ٧ - بنات الأعمام من جميع الجهات الثلاث .
- ٨ - العمات مطلقاً من جميع الجهات الثلاث .
- ٩ - الأخوال والخالات من جميع الجهات .

١٠- من يدلى أو ينتسب إلى ما سبق من الأصناف حسب ترتيبهم في الميراث^(١).

وأما ترتيب ذوى الأرحام في القانون فهو نفس الترتيب الذى قال به الأحناف حيث أخذ به فى المادة ٣١ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣^(٢).

أقوال الفقهاء فى ميراث ذوى الأرحام :

اختلف الفقهاء فى ميراث ذوى الأرحام إلى مذهبين الأول قال لا ميراث لهم والثانى يقول بميراث ذوى الأرحام.

المذهب الأول: وهو مذهب زيد بن ثابت من الصحابة وعطاء، وبه قال الأوزاعى ومالك والشافعى والظاهرية^(٣).

المذهب الثانى: مذهب أكثر الصحابة والتابعين وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل والزيدية وبعض المتأخرين من الشافعية والمالكية^(٤).

أدلة المذهب الأول :

وقد استدل أصحاب هذا المذهب وهم من قالوا بأنه لا ميراث لذوى الأرحام مطلقاً بآيات الموارث حيث لا نص فيها على ميراثهم وبما روى عن عطاء بن يسار

(١) معنى المحتاج ٨/٣، والوسيط فى الميراث ص ٢٥.

(٢) راجع نص المادة فى القانون بالميراث المقارن ص ١٩٦ وما بعدها، والوسيط فى الموارث للمؤلف ص ١٢٤.

(٣) معنى المحتاج ٧/٣ وما بعدها.

(٤) المعنى ٨٤/٧، والبحر الزخيار ٣٥٢/٥، وشرح السيد على السراجية ص ٢٦٩.

رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والخالة فأنزل الله عليه «أن لا ميراث لهما» رواه سعيد في سننه كما حكاه ابن قدامة وغيره^(١). كما استدلوا من جهة العقل حيث قالوا بأن كلا من العمة وابنة الأخ لا ترث مع أخيها بالاتفاق فلا ترث منفردة من باب أولى لأن انضمامه إليها يقويها ويؤكدها وإذا كانت لا ترث معه فمع عدمه أولى^(٢).

أدلة المذهب الثاني: وهو من قال بتوريث ذوى الأرحام :

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يأتي من الأدلة :

أولاً : بقوله تعالى : ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(٣). وصلة الرحم تشمل كل قريب وكل بعيد والآية بعمومها تشمل ذوى الأرحام بمعناه اللغوي العام وإن تأخر ترتيبهم في الميراث بما ورد النص عليهم في القرآن الكريم حيث يجعلون في المرتبة الأخيرة لأصحاب القرابة الذى يستوفون شروط الميراث.

ثانياً : بما رواه أحمد بسنده عن عمر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «الخال وارث من لا وارث له» رواه الترمذى وقال حديث حسن كما قال ابن قدامة وغيره^(٤)، وقد فهم الصحابة من هذا الحديث أن ذوى الأرحام

(١) المغنى ٨٣/٧، والميراث المقارن ص ١٨٧.

(٢) الميراث المقارن ص ٢٨٧.

(٣) الآية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٤) المغنى ٨٤/٧، والميراث المقارن ص ١٨٨.

يرثون وبهذا حكم عمر وأرسل لأبى عبيدة للحكم به عندما أرسل إليه أبو عبيدة
فى رجل رمى رجلاً بسهم فقتله ولم يترك المقتول إلا خالاً وأرسل إليه بحديث
رسول الله ﷺ: «الخال وارث من لا وارث له».

ثالثاً : بما رواه واسع بن حبان قال: توفى ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً
ولا عصة فرفع شأنه إلى النبی ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته أبى
لبانة ابن عبد المنذر^(١).

الراجع :

والراجع هو ما ذهب إليه المذهب الثانى وهو توريث ذوى الأرحام لقوة
أدلتهم وموافقتها للنقل والعقل وعمل الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم . وأما الرد
على حديث العمة والخال وأنه لا ميراث لها فقد رد الاستدلال به بأنه حديث
مرسل لا يحتج به فى مواجهة عمومات الكتاب والأحاديث الصحيحة المعارضة له
بميراث ذوى الأرحام ويعمل الصحابة رضى الله عنهم والتابعين من بعدهم .

أما عدم ميراث العمة وابنة الأخ من أخويهما فلأنهما أقوى منهما فى مجال
العصبة وقاعدة الموارث أنه إذا لم يوجد صاحب فرض مقدر ولا عصة بغيره إذا
كان صاحب فرض مقدر وحده فإنه يرث العصبة الذكر لحديث أعطوا الحقوق
لأهلها فما بقى فلأول رجل ، ولكن عند عدم ذوى الفرض والعصبة بالنسب
فيكون ذوى الأرحام من أصحاب الميراث ، لأنهم يدخلون فى الوصف العام للآية
الواردة فى شأنهم فى قوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ
اللَّهِ ۚ ﴾ .

(١) البحر الزخار ٣٥٢/٥ ، والمغنى ٨٥/٧ ، والميراث المقارن ١٥٩ .

هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بتوريث ذوى الأرحام فى الفقرة الأولى من المادة ٣١ منه ونصها: «إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب ولا أحد من ذوى الفروض النسبية كانت التركة أو الباقي منها لذوى الأرحام».

نظام إرث ذوى الأرحام :

يرث ذوى الأرحام عند القائلين بتوريثهم إذا لم يوجد صاحب فرض ولا عصبة ولا أحد من أصحاب الفروض يرد عليه الباقي بعد فرض أحد الزوجين حيث لا رد على أحد منهما . وعلى هذا يرث ذوى الأرحام بطريقتين :

أحدهما : ألا يوجد أحد مطلقاً من أصحاب الفروض ولا أحد من العصبات .

ثانياً : ألا يوجد من أصحاب الفروض إلا أحد الزوجين ولا أحد من العصبة ولا من يرد عليه الباقي بعد نصيب الزوج أو الزوجة .

وبهذا يكون ذوى الأرحام فى الميراث فى مرتبة وسط بين أصحاب الفروض النسبية والعصبات وبين أصحاب الفروض الزوجية قبل الرد عليهم لأن ذوى الأرحام مقدمون فى الميراث فى الباقي بعد فرض أحد الزوجين إذا لم يوجد من يرد عليه هذا الباقي غيرهم من أصحاب الفروض ولا العصبة حيث يرث ذوى الأرحام هذا الباقي وهذا ما أخذ به قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م فى المادة ٣٠ منه .

ويتفق من قال بتسويته ذوى الأرحام على أن الوارث إن كان من صنف
ووانفرد ذكراً كان أو أنثى فإنه يأخذ كل المال الذى لا وارث له أو الباقي بعد
نصيب أحد الزوجين إذا وجد معه^(١).

فإن وجد فى صنف واحد متعدد منهم أو وجد من ذوى الأرحام أكثر من
صنف واحد فقد اختلف الفقهاء فى كيفية توزيعهم على مذاهب ثلاثة: وهى:
مذهب أهل الرحم، ومذهب أهل التنزيل، ومذهب أهل القرابة.

١ - مذهب أهل الرحم:

وهذا المذهب يسوى فى الميراث بين القريب والبعيد بحيث يشرك كل من
وجد منهم فى الميراث ذكراً أم أنثى، ويجعل أصناف ذوى الأرحام الأربعة كلها
كصنف واحد فتقسم التركة بينهم أو الباقي منها بعد نصيب أحد الزوجين
بالتساوى بينهم جميعاً القريب كالبعيد والذكر كالأنثى ومن قال بذلك من الفقهاء
حسن بن ميسر، ونوح بن ذراح كما حكاه السرخسى^(٢).

٢ - مذهب أهل التنزيل:

وهو أن ينزل كل وارث منزلة أصله الذى يدل به ومن أصحاب هذا
المذهب علقمة والشعبي ومسروق والحسن بن زياد والحنابلة والشافعية فى الأصح
عندهم والمالكية^(٣).

(١) المغنى ٨٨/٧، وحاشية رد المختار ٥/٢٢٢، وشرح الترتيب ٧/١١٨، والميراث المقارن ص ١٩١،

والوسيط فى الميراث للؤلؤف ص ٢١، ٢٧.

(٢) ٢٠٤/٣٠، والميراث المقارن ص ١٩١.

(٣) الميراث المقارن ص ١٩٢، ومغنى المحتاج ٣/٧، والوسيط للؤلؤف ص ٢٦، وحاشية المحضرى ص ١٦٠ وما

بعدها.

٣ - مذهب أهل القرابة :

وهذا المذهب فى تورىث ذوى الأرحام يورث الأقرب فالأقرب إما بقوة السبب أو بقرب الدرجة أو بقوة القرابة فـقوة السبب كالأبوة والبنوة والأخوة وقرب الدرجة كالإدلاء بواسطة أو بواسطةين، وقوة القرابة كمن كان لأبوين أو لأب، وبهذا المذهب قال: أبو حنيفة وأصحابه عدا الحسن بن زياد وهو مذهب الشافعية على الصحيح المقابل للأصح عندهم وبه قطع البغوى كما حكى عنه^(١).

ويمكن معرفة الفرق بين هذه المذاهب الثلاثة والآثار الفقهية المترتبة عليها شرعاً فى المسألة الآتية وهى :

لومات الشخص وترك: بنت بنت، وابن بنت بنت، وبنت بنت ابن.

١ - فعلى طريقة المذهب الأول (أهل الرحم) يكون المال المسوروث بينهم أثلاثاً بالسوية لبنت البنت ثلثه، ولابن بنت البنت ثلثه، ولبنت بنت الابن ثلثه، وذلك لأنهم جميعاً فى قرابة الرحم سواء لاشتراكهم جميعاً فيه بالوصف العام وهذا ثابت بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾.

٢ - وأما على طريقة أهل التتزيل فإن لبنت بنت الابن النصف، ولبنت بنت البنت الربع، ولابن بنت البنت ربع، وذلك لأن بنت بنت الابن تنزل منزلة الابن فيرث ضعف الأنثى، وأما ابن بنت البنت فينزل منزلة البنت مع بنت بنت البنت، فكأن الميت مات وترك ابن وبنتان للابن النصف، وللبنتات النصف لكل واحد منهن الربع.

(١) ابن عابدين ٥/٥٢٣، والميراث المقارن ص ١٩٢، ومغنى المحتاج ٣/٧، والميراث للمؤلف ص ٢٧.

وقد استدل أصحاب هذه الطريقة لمذهبهم هذا بما ذكره إبراهيم النخعي عن علي بن عبد الله فيمن مات وترك عمة وخالة: أن المال بينهما أثلاثاً الثلثان للعممة، والثلث للخالة، لأن العم تدلى بالأب فتزول منزلته، والخالة تدلى بالأم فتزول منزلتها.

كما استدلوا بما روى عن الشعبي عن ابن مسعود رضي الله عنه في رجل مات وترك: ابنة ابنة، وابنة أخت. أن المال بينهما نصفان فإنه نزل ابنة البنت منزلة البنت وابنة الأخت منزلة الأخت^(١).

٣ - أما على طريقة أهل القرابة فإن التركة كلها تكون لبنت البنت لأنها تدلى إلى الميت بدرجة واحدة ومن معها يدلى إليه بدرجتين فهي أقرب إلى الميت منهم فتسرى هي، وتحجبهم عن الميراث. وهذه الطريقة تتفق مع قواعد الميراث بالنسبة لأصحاب الفروض والعصبات حيث أن الأقرب يحجب الأبعد في جميع الجهات.

ولهذا فقد روى الشعبي عن علي في ميراث ذوى الأرحام: أن ابنة الابنة أولى من ابنة الأخت^(٢).

هذا وقد أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بطريقة أهل القرابة لوضوحها وذلك في المواد من ٣١ إلى ٣٨ منه.

وأصحاب طريقة أهل القرابة يعتبرون أصناف ذوى الأرحام أربعة وملتزمون بالترتيب بينها وكذلك يلتزمون بالترتيب بين الصنف الواحد.

(١) الميراث المقارن ص ١٩٤، والمبسوط ٣٠/٣٠٤.

(٢) الميراث المقارن ص ١٩٣، وابن عابدين ٥/٥٢٣.

والمادة ٣١ تبين هذا الترتيب، والمادة ٣٢ تتعلق ببيان الصنف الأول من ذوى الأرحام، والمادة ٣٣ تتعلق بالصنف الثانى، والمادة ٣٤ بالصنف الثالث، والمادة ٣٥ تبين الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة ٣١ إذا انفرد فريق الأب وهم أعمام الميت لأم وعماته أو فريق الأم وهم أخواله ونحالاته قدم أقواهم قرابة فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم. وإن تساوا فى القرابة اشتركوا فى الإرث وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم.

والمادة ٣٦ تبين أنه بالنسبة للطائفة الثانية، يقدم الأقرب درجة على الأبعد، وعند الاستواء يقدم الأقوى قرابة فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولد ذى الرحم، وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم.

والمادة ٣٧ تبين أنه لا اعتبار فى تعدد جهات القرابة فى وارث من ذوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز.

والمادة ٣٨ تبين أنه فى إرث ذوى الأرحام يكون للمذكر مثل حظ الانثيين^(١).

ميراث الحمل

الحمل المراد به الولد فى بطن أمه كما يطلق على الجنين فى بطن الأم ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الحمل إذا لم يكن وارث آخر معه يرث المال فإن المال كله يوقف له وذلك كما فى حمل الكتائية من المسلم حيث أن الحمل سيكون تبعاً لأبيه فى الدين فيرثه لأنه مسلم أما أمه فلا ترث معه لأنها غير مسلمة ولا يرث الكافر المسلم بلا خلاف. وكذلك الحال إذا كان مع الحمل من الورثة من لا يتغير فرضه

(١) راجع نص القانون فى الوسيط للمؤلف ص ١٢٣ وما بعدها.

بين كونه ذكراً أم أنثى كالزوجة، والام لأن الزوجة مع الفرع الوارث مطلقاً تأخذ الثمن والام معه كذلك تأخذ السدس سواء كان ذكراً أم أنثى واحداً أم متعدداً. حيث يأخذ صاحب الفرض فرضه والباقي كله يوقف الحمل.

أما إذا كان مع الحمل وارث آخر يتأخر به الحمل أو يتأثر به الحمل أو يتأثر هو بالحمل في الميراث أى يتغير نصيبه بين كونه ذكراً أم أنثى واحداً أو متعدداً فقد اختلف الفقهاء في المقدار الذى يوقف للحمل من التركة إذا لم يرض الحاضرون أو الموجود من الورثة من الوقف والتأخير حتى تمام الولادة على النحو التالى :

١ - قال الشافعى فى المشهور عنه وهو اختيار القفال من الشافعية يوقف المال إلى الوضع ولا يجاب الورثة إلى التقسيم وهذا أرجح الأقوال فى المذهب المالكى . وذلك لاحتمال أن يهلك المال الموقوف لحق الحمل فيضيع عليه حقه بعد أن أخذ بقية الورثة حقوقهم واستهلكوها^(١).

٢ - وقال جمهور الفقهاء يوقف للحمل نصيب من التركة ويوزع الباقي على الورثة ولكنهم اختلفوا فى مقدار ما يوقف له على أقوال :

القول الأول : يوقف له نصيب ذكرين أو نصيب بنتين أيهما أكثر . وبهذا قال أحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن من الحنفية .

القول الثانى : يوقف له نصيب أربعة ذكور أو أربع بنات أيهما أكثر وهو رواية الربيع عن الشافعى ورجحه بعض المالكية .

القول الثالث : يوقف له نصيب ولد أو بنت أيهما أكثر، وبهذا قال الليث ابن سعد وأبو يوسف من الحنفية^(٢).

(١) شرح الترتيب ٨٣/٢، والميراث المقارن ص ٢٠١.

(٢) شرح السيد على السراجية ص ٣١٨، والزيلعى ٢٣١/٦، والبوط ٥٢/٣٠، وشرح الترتيب ٨٢/٢

وما بعدها والميراث المقارن ص ٢٠١ وما بعدها.

وبهذا القول الثالث أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م وذلك في المادة ٤٢ منه ونصها: «يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى».

مدة الحمل

أولا - أقل مدة الحمل :

١ - يتفق أئمة المذاهب الفقهية على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر قمرية لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(١) مع قوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾^(٢)، وقال ابن عباس في تفسيره: فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر وقد وافقه على ذلك التفسير عثمان كما روى عن علي كرم الله وجهه^(٣).

٢ - وقال بعض الحنابلة أقل مدة الحمل تسعة أشهر ولذلك ارتضاه الكمال بن الهمام من الحنفية وقال: إن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر وربما تمضى دهور ولم يسمع بولادة لسته أشهر. وليس لهذا القول دليل شرعي يعتد به لأنه في مواجهة النص الذي أخذ به الجمهور بناء على تفسير ابن عباس وغيره من الصحابة ويتفق مع ظاهر نص القرآن الكريم ولذلك كان هو الراجح والواجب العمل به. هذا:

وقد خالف قانون المواريث رأى الأئمة والجمهور وأخذ بقول بعض الحنابلة مستأنسا بقول ابن الهمام، وما أفاد به بعض الأطباء الشرعيين من أن أقل مدة الحمل تسعة أشهر هلالية (٢٩٠ يوما) لأن هذا يتفق والكثير الغالب وذلك في المادة ٤٣ منه.

(١) الآية ١٥ من سورة الاحقاف.

(٢) الآية ١٤ من سورة لقمان.

(٣) الميراث المقارن ص ٢٠٤.

ثانياً - أكثر مدة الحمل :

اختلف الفقهاء فى أكثر مدة الحمل على النحو التالى :

- ١ - أكثر مدة الحمل ستان لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : «لا يبقى الولد فى رحم أمه أكثر من ستين ولو بفلكة مغزل»^(١).
- ٢ - وقال الليث بن سعد أكثر مدة الحمل ثلاث سنين .
- ٣ - وقال الشافعية وأحمد فى أصح الروايات عنه : أربع سنين .
- ٤ - وقال المالكية : خمس سنين .
- ٥ - وقال الظاهرية : أكثر مدة الحمل تسعة أشهر قمرية^(٢).
- ٦ - وقال محمد بن الحكم من المالكية : أكثر مدة الحمل سنة هلالية^(٣) والظاهر أنه لا نص يعول عليه فى هذه الأقوال ما عدا المذهب الأول وهو مذهب عائشة بناء على أن قول الصحابى فيما ليس للرأى فيه مجال كالعبادات والنسب يكون حجة لأنه لا يكون على غير نص يرجع إلى رسول الله ﷺ قد أطلع عليه دون غيره من الصحابة وهذا متصور من عائشة رضى الله عنها لصلتها الدائمة برسول الله ﷺ ولأنها أمور تتعلق بالنساء وهى تعرفها أكثر من الرجال .

والظاهر أيضاً أن الواقع العملى وسؤال أهل الخبرة من النساء والأطباء

(١) الميراث المقارن ص ٢٠٥ .

(٢) المحلى ٢٠٨/٩ .

(٣) الميراث المقارن ص ٢٠٥ .

العدول كان هو المعول عليه فى استدلال أصحاب الأقوال الأخرى ما عدا قول الظاهرية فإنه اعتمد على غالب أمور النساء مع أنه لا خلاف فى هذا الغالب وإنما الخلاف فى أكثر مدة الحمل .

وبهذا يترجح لنا قول عائشة إن كان ليس عن اجتهاد منها وألا يعارض ذلك ما يقوله أهل الخبرة العدول والسبر فى العصور الإسلامية المختلفة نظراً لأنه لا يوجد نص شرعى قاطع فى هذا المقام .

ونظراً لأن الأطباء الشرعيين أفادوا بأن أكثر مدة الحمل للمرأة سنة شمسية (أى ٣٦٥ يوماً) فقد اعتبر فى مجال النسب والإرث والوقف والوصية، وبهذا يترجح لنا قول محمد بن الحكم من المالكية مع الأخذ فى الاعتبار قول أهل الخبرة فى اعتبارها بأيام السنة الشمسية زيادة فى الحيطه والتأكيد والله أعلم .

هذا : وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بذلك أى ما قال به أهل الخبرة مستأنساً بقول محمد بن الحكم من المالكية واعتبرها سنة شمسية وذلك فى المادة ٤٣ منه .

شروط إرث الحمل :

ويشترط لإرث الحمل شرطان :

الأول : أن يكون موجوداً فى بطن أمه عند موت مورثه ويعرف ذلك من كون الحمل يولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ موت المورث، فإن كانت المرأة بدون زواج بعدها وما زالت حاملاً فإن ولدته لأقل من سنة ثبت النسب والميراث على ما أخذ به القانون وعلى مذهب محمد بن الحكم وإن كانت أيام السنة تقدر بالشمسية كما ذهب قانون الأحوال الشخصية، ويراعى أن يكون ذلك فى ثبوت

الميراث أما ثبوت النسب في حد ذاته فيمكن أن يثبت بأي طريقة من طرق الإثبات ويمكن التسويل على مذهب عائشة رضى الله عنها في هذا المقام والله أعلم، وغيرها من المذاهب بشرط موافقة أهل الخبرة العدول إذا شهدوا بذلك من خلال ممارستهم العملية والواقعية في الحمل والولادة.

الشرط الثانى : لميراث الحمل أن يفصل حياً من بطن أمه ولا خلاف عند الفقهاء فى أنه إذا انفصل كله وهو حى فيرث وإنما الخلاف فيما إذا انفصل بعضه وهو حى ومات قبل تمام انفصاله من بطن أمه . فقال مالك والشافعى وأحمد لا يرث إذا لم يفصل كله حياً . وقال أبو حنيفة إذا انفصل أكثره حياً يرث .

ودليل الجميع حديث : «إذا استهل المولود ورث»^(١).

وقال ابن حزم الظاهرى : يرث ولو انفصل أقله لقوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ وهذا مولود ظهر حياً بجزئه فيأخذ الكل حكم الجزء للاحتياط .

مأخذ القانون ،

هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب الأئمة الثلاثة وذلك فى المادة ٤٣ منه ونصها : «إذا توفى الرجل عن زوجته أو معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمس وستين وثلاثمائة يوماً على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى حالتين :

الأولى : أو يولد الحمل لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة إن كانت أمه معتدة عدة وفاة أو فرقة حدث بعدها الموت وهى مازالت فى عدة الفرقة .

(١) ذكره ابن قدامة فى المغنى ٧ / ٢٠٠ .

الثانية : أن يولد الحمل لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كانت من زوجية قائمة وقت الوفاة .

المبحث العاشر

ميراث الخنثى

الخنثى هو الذى لم تتضح ذكوره ولا أنوثته وهو من يبول من عضو ذكوره وعضو أنوثته معاً فى وقت واحد . وما يبول منهما مقدماً يعرف به ويدل على جنسيته إن كان صغيراً أما إن كان كبيراً فيعرف ذلك بعلامات الرجال وبعلامات النساء فأيهما عرف منه بإقراره أو بأهل الخبرة العدول عمل به سواء كان فى مجال الذكورة أو مجال الأنوثة .

وقد اختلف الفقهاء فى توريث الخنثى المشكل على النحو التالى :

- ١ - يعامل بأسوأ الحالين بحيث يأخذ أقل النصيبين إن كان له فى الميراث تقديرين على أساس أنه ذكر أم أنثى واحداً أم متعدداً وإلى هذا ذهب أبو حنيفة .
- ٢ - يأخذ التوسط بين نصيب الذكر والأنثى وإلى هذا ذهب مالك وأبو يوسف والإمامية^(١) .
- ٣ - وقال الشافعى : يعامل الخنثى والورثة بأقل النصيبين فى حقهما ويوقف الباقي لحين البيان بعد البلوغ ، فإن لم يظهر تغلب ناحية على أخرى أخذ التوسط بين الذكورة والأنوثة^(٢) .

(١) المختصر النافع ص ٣٥٧ ، والميراث المقارن ص ٢١٠ .

(٢) معنى المحتاج ٢٩/٣ ، والتوسط فى الميراث للمؤلف ص ٨٠ وما بعدها .

هذا : وقد أخذ قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب أبى حنيفة حيث جاء نص المادة ٤٦ منه على النحو التالى : «للخثى المشكل وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين وما بقى من التركة يعطى لباقي الورثة».

ميراث ولد الزنا وولد اللعان

لا خلاف بين الفقهاء فى أن كلا من ولد الزنا وولد اللعان أى المنفى نسبه عن أبيه بواسطة اللعان يرث كل منهما أمه وأقاربه كما لو كان ثابت النسب. أما ميراثها عنه ففيه خلاف على النحو التالى :

- ١ - قال جمهور الفقهاء : أبو حنيفة ومالك والشافعى أنها ترث منه كما يرث منها وذلك فى الجملة مع الخلاف فيما بينهم فى التفصيل^(١).
- ٢ - وقال الحنابلة : ترثه أمه باعتبارها عصبه له لأنه لا يوجد عصبه غيرها فتأخذ كل المال فإذا لم توجد فعصبته حسب ترتيب الميراث^(٢).

مأخذ القانون

هذا وقد نصت المادة ٤٧ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م على ميراث ولد الزنا وولد اللعان من أمه وعلى ميراثها هى وعصبته منه حيث جاء نص المادة على النحو التالى : «مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وترثهما الأم وقرابتها».

(١) يراجع هذا التفصيل فى الميراث المقارن ص ٢١١، والبسوط ١٠٤/٣٠، ومغنى المحتاج ٢٩/٣.

(٢) المغنى ١٩٧/٧ وما بعدها، والميراث المقارن ص ٢١١.

ونظراً لأن النص لم يفصل الطريقة التي يتم التوريث بها مع ولد الزنا وولد اللعان له من غيره أو لغيره منه هل طريقة الحنابلة أم طريقة الجمهور فيجب الرجوع في ذلك إلى مذهب الإمام أبي حنيفة والأخذ بالقول الراجح منه وعلى مذهب الحنفية ترث الأم ابنها من ولد الزنا وولد اللعان بالفرض والرد إن لم يكن معها من يحجبها عن الباقي.

ميراث الأسير

عامة الفقهاء على أن الأسير الحر يرث لأن الأسير لا يخرج عن الحرية وقد شذ عن ذلك سعيد بن المسيب وقال أنه لا يرث لأن الأسير يوقعه في الرق.

وعلى مذهب عامة الفقهاء أن الأسير إذا كان معلوماً حياته عومل معاملة الورثة الأحياء ودخل بينهم وأخذ ميراثه ووقف له عند أمين. وأما إن لم تعلم حالته ولا حياته ولا موته فيكون حكمه حكم المفقود تطبق عليه القواعد الفقهية والشرعية الخاصة بميراث المفقود حسبما سبق بيانه وتوضحيه.

هذا : ونظراً لأن قانون الموارث لم يتعرض لحكم ميراث الأسير فيكون مفهوم ذلك الرجوع إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة، والراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة أنه يحكم بموت المفقود إذا لم يبق أحد من أقرانه والفتوى في المذهب الحنفي أن المدة التي لا يعيش الإنسان بعدها غالباً هي تسعون سنة^(١).

(١) كما في الميراث المقارن ص ٣١، ٢١٣.

المبحث الحادى عشر

ميراث الغرقى والهدمى ومن فى حكمهم كقتلى الحرب

لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا علم السابق واللاحق فى كل حالة فى هذه الحالات فإنه يجب العمل به باعتبار اللاحق يرث السابق حسب قواعد الإرث وأن ورثة اللاحق يرثون اللاحق مع ما ورثه من مال ممن مات قبله . وإنما الخلاف فيما إذا لم يعلم أيهما السابق واللاحق أو كانت البينة على أنهما ماتا معاً فى وقت واحد على النحو التالى :

١ - يرث كل منهما الآخر : من ماله القديم الذى كان يملكه قبل الموت دون من يملكه بعد موته من غيره بسبب موته هذا . وهذا مذهب أحمد بن حنبل . وهو قول عمر رضى الله عنه وشريح وإياس بن عبد الله المزنى وعطاء والحسن وابن أبى ليلى ، وحكى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم جميعاً .

ويستدل أصحاب هذا المذهب بما يأتى :

أولاً : بما رواه إياس بسنده عن النبى ﷺ : «أنه سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال : «يرث بعضهم بعضاً» .

ثانياً : بما حكاه الشعبى أنه قد وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم ، فكتب فى ذلك إلى عمر رضى الله عنه فكتب عمر رضى الله عنه : «أن ورثوا بعضهم من بعض» .

ثالثا - بالاستصحاب :

هذا وقد جاء فى الميراث المقارن أنه بناء على هذا الاستصحاب فإن الحكم بميراث بعضهم من بعض هو حكم نظرى أى قضاء فقط أما ديانة وعملاً فيحرم المال الموروث لوجود الشك فيه والميراث لا يثبت بالشك وعلى ذلك لا يرث كل منهما الآخر ديانة^(١).

٢ - المذهب الثانى - لا يرث بعضهما من بعض :

وهذا مذهب الجمهور : أبو حنيفة ومالك والشافعى .

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يأتى :

أولاً : بما رواه خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه رضى الله عنهما أنه ورث فى أهل اليمامة الأحياء من الأموات بناء على أمر أبى بكر رضى الله عنه وأنه ورث كذلك فى أهل عمواس الأحياء من الأموات وكانت القبيلة تموت بأسرها وهذا بأمر عمر رضى الله عنه^(٢).

ثانياً : بما روى عن يحيى بن سعيد : أن قتلى اليمامة وصفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثهم عصبتهم الأحياء .

ثالثاً : بما روى عن جعفر بن محمد عن أبيه : أن أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا .

(١) الميراث المقارن ص ٢١٥ ، والغنى لا بن قدامة ١٨٦/٧ .

(٢) الميراث المقارن ص ٢١٦ ، والغنى ١٨٧/٧ .

رابعاً: بأن سبب استحقاق ميراث كل منهما للآخر غير معلوم وهو مشكوك فيه والميراث لا يثبت مع الشك واليقين لا يزول بالشك فيبقى اليقين في كل منهما مع من يرثه حياً ويرفع الشك القائم مع من مات معه.

خامساً: الشك في موتهما وعدم معرفة السابق منهما يجعلهما كأنهما ماتا معاً. فيعمل معهما بذلك عملاً بقاعدة اليقين لا يزول بالشك وهذه القاعدة فقهية صحيحة دليلها شرعى فيجب العمل بها ومقتضاها هنا لا يرث كل منهما الآخر^(١).

مأخذ القانون :

هذا وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بمذهب الجمهور في المادة الثالثة منه ونصها: «إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا».

(١) المرجع السابق وللمؤلف القواعد الفقهية من كتاب المعاملات في الفقه الإسلامى «لجنة من كلية الشريعة والقانون الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م».

خاتمة

فى

قانون المواريث المصرى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م

والمعمول به حالياً أمام المحاكم المصرية

مادة ١ : يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالمواريث بالأحكام المرافقة لهذه القانون .

مادة ٢ : على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

الباب الأول

أحكام المواريث

مادة ١ : يستحق الإرث بموت المورث باعتباره ميتاً بحكم القاضى .

مادة ٢ : يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً .

ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه فى المادة ٤٣ .

مادة ٣ : إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر سواء كان موتهما فى حادث واحد أم لا .

مادة ٤ : يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :

(أولاً) ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

(ثانياً) ديون الميت .

(ثالثاً) ما أوصى به من الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

ويوزع ما بقي على الورثة فإذا لم يوجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي :

(أولاً) استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

(ثانياً) ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة وما بقي منها إلى الخزنة العامة .

مادة ٥ : من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهداً زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة وبعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

مادة ٦ : لا توارث بين مسلم وغير مسلم .

ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت بشريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

الباب الثاني

فى أسباب الإرث وأنواعه

مادة ٧: أسباب الإرث، الزوجية والقرباة والمصوبة السببية. يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض ويكون الإرث بالقرباة بطريق الفرض أو التعصيب أو بهما معاً. أو بالرحم مع مراعاة قواعد الحجب والرد.

فإذا كان لوارث جهتان إرث ورث بهما معاً مع مراعاة أحكام المادتين ١٤، ٣٧.

القسم الأول

فى الإرث بالفرض

مادة ٨: الفرض سهم مقدر للوارث فى التركة، ويبدأ فى التوريث بأصحاب الفرض وهم :

الأب. الجد الصحيح وإن علا، الأخ لأم، الأخت لأم، الزوج، الزوجة، البنات، بنات الابن، وإن نزل، الأخوات لأب ولأم، الأخوات لأب، الأم، الجدة الصحيحة وإن علت.

مادة ٩: مع مراعاة حكم المادة ٢١ للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل، وإبجد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى. وله فرض السدس على الوجه المبين فى الفقرة السابقة.

مادة ١٠: لأولاد الأم فرض السدس للواحد والثلاثين فأكثر، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء، وفى الحالة الثانية إذا استغرقت القروض التركة

يشارك أولا الأم الأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر، ويقيم الثلث بينهم جميعاً على الوجه المتقدم.

مادة ١١ : للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل. والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل. وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل. وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عذته.

مادة ١٢ : مع مراعاة حكم المادة ١٩ :

(أ) للواحدة من البنات فرض النصف ولأنتين فأكثر الثلثان.

(ب) للبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة.

مادة ١٣ : مع مراعاة حكم المادتين ١٩ ، ٢٠ :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ولأنتين فأكثر الثلثان.

(ب) للأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة.

مادة ١٤ : للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين

أو أكثر من الأخوة والأخوات . ولها الثلث في غير هذه الأحوال غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج .

والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت . وللجدة أو الجدات السدس . ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

مادة ١٥ : إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض في التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث .

القسم الثاني

في الإرث بالتعصيب

مادة ١٦ : إذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب . والعصبة من النسب ثلاثة أنواع :

١ - عصبة بالنفس .

٢ - عصبة بالغير .

٣ - عصبة مع الغير .

مادة ١٧ : للعصبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتى .

- ١ - البنوة : وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .
- ٢ - الأبوة : وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا .
- ٣ - الأخوة : وتشمل الأخوة لأبوين والأخوة لأب وأبناء الأخ لأبوين وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما .
- ٤ - العمومة : وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب وأبناء من ذكروا وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

مادة ١٨ : إذا اتخذت العصة بالنفس فى الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت .

فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة كان التقديم بالقسوة . فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على كل من كان ذا قرابة واحدة .

فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

مادة ١٩ : العصة بالغير هى :

- ١ - البنات مع الأبناء .
- ٢ - بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل وإذا كانوا فى درجتهم مطلقاً أو كانوا أنزل منهم إذا لم ترثن بغير ذلك .
- ٣ - الأخوات لأبوين مع الأخوة لأبوين والأخوات لأب مع الأخوة لأب .
ويكون الإرث بينهم فى هذه الأحوال للمذكر مثل حظ الأنثيين .

مادة ٢٠ : العصبه مع الغير من :

الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرون بالنسبة لباقي العصبات كالأخوة لأبوين أو لأب ويأخذون أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة .

مادة ٢١ : إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضاً والباقي بطريق التعصيب .

مادة ٢٢ : إذا اجتمع الجد مع الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان :

الأولى : أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً أو إناثاً عصين مع الفرع الوارث من الإناث .

الثانية : أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم يحرم الجد من الأب أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الأخوة أو الأخوات لأب .

الباب الثالث

في الحجب

مادة ٢٣ : الحجب هو أن يكون للشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر والمحجوب يحجب غيره .

مادة ٢٤ : المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحداً من الورثة .

مادة ٢٥ : تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقاً وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ويحجب الأب الجد لأب . كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلاً له .

مادة ٢٦ : يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا والولد وولد الابن وإن نزل .

مادة ٢٧ : يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزلت بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة ويحجبها أيضاً بنتان أو بنتا ابن أعلى منهما درجة ما لم يكن معهما من يعصهما طبقاً لحكم المادة ١٩ .

مادة ٢٨ : تحجب الأخت لأبوين كسلاً من الابن وابن الابن وإن نزل والأب .

مادة ٢٩ : تحجب الأخت لأب كلا من الأب والابن وابن الابن وإن نزل كما يحجبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين وإذا كانت عصبه مع غيرها . طبقاً لحكم المادة ٢٠ والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

الباب الرابع

فى الرد

مادة ٣٠ : إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبه من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم . ويرد باقى التركة

إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام.

الباب الخامس

فى إرث ذوى الأرحام

مادة ٣١ : إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسبة ولا أحد من ذوى الفروض النسبية كانت التركة أو الباقي منها لذوى الأرحام.

وذوى الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض من الإرث على الترتيب الآتى :

الصف الأول : أولاد البنات وإن نزلوا وأولاد بنات الابن وإن نزل.

الصف الثانى : الجد غير الصحيح وإن علا، والجدة غير الصحيحة وإن علت.

الصف الثالث : أبناء الأخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا، وأولاد الأخوات لأبوين أو لأحدهما وإن نزلوا وبنات الأخوة لأبوين أو لأحدهما وأولادهن وإن نزلوا، وبنات أبناء الأخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا، وأولادهن وإن نزلوا.

الصف الرابع : يشمل ست طوائف مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الأولى : أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما.

الثانية: أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة وإن نزلوا وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب. وبنات أبنائهم وإن نزلوا. وأولاد من ذكرنا وإن نزلوا.

الثالثة: أعمام أبى الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما وأعمام أم الميت وعماتها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما.

الرابعة: أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة وإن نزلوا. وبنات أعمام أب الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا، وأولاد من ذكرنا وإن نزلوا.

الخامسة: أعمام أب أب الميت الأم، وأعمام أب أم الميت وعماتها وأخوالها لأبوين أو لأحدهما، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما.

السادسة: أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة وإن نزلوا وبنات أعمام لأب أب الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكرنا وإن نزلوا وهكذا.

مادة ٣٢ : الصنف الأول من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة. فإن استووا فى الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذى الرحم.

وإن استووا فى الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض وكانوا كلهم يدلون لصاحب فرض اشتركوا فى الإرث.

مادة ٣٣ : الصنف الثانى من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استووا فى الدرجة قدم كان يدلى بصاحب فرض، وإن استووا فى

الدرجة وليس فيهم من يدلى بصاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض فإن اتحدوا في حيز القرابة اشتركوا في الإرث وإن اختلفوا في الحيز فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم.

مادة ٣٤ : الصنف الثالث : من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استووا في الدرجة وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولد ذى الرحم ، والأقدم أقواهم قرابة للميت فمن كان أصله لأبوين فهو أولى ممن كان أصله لأم ، فإن اتحدوا في الدرجة وقوة القرابة اشتركوا في الإرث .

مادة ٣٥ : في الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة ٣١ إذا انفرد فريق لأب وهم أعمام الميت لأم وعماته ، أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم أقواهم قرابة . فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم . وإن تساوا في القرابة اشتركوا في الإرث .

وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم .

وتطبق أحكام الفرقتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

مادة ٣٦ : في الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة ، على الأبعد ولو من غير حيزه . وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى في القرابة إن كانوا أولاد عاصب أو أولاد ذى رحم .

فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولد ذى الرحم وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم . وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة .

وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة.

مادة ٣٧ : لا اعتبار لتعدد وجهات القرابة في وارث من ذوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز .

مادة ٣٨ : فى إرث ذوى الأرحام يكون للذكر مثل حظ الأنثيين .

الباب السادس

فى الإرث بالعصوبة السببية

مادة ٣٩ : العاصب السببى يشمل :

- ١ - مولى العتاقة ومن أعتقه أو أعتق من أعتقه .
- ٢ - عصة المعتق أو عصة من أعتقه أو أعتق من أعتقه .
- ٣ - من له الولاء على أمة مورث غير حرة الأصل بواسطة أبيه . سواء أكان بطريق الجلد أم بغيره . أو بواسطة جده بدون جده .

مادة ٤٠ : يرث المولى ذكراً أو أنثى معتقة على أى وجه كان العتق . وعند عدمه يقوم مقامه عصيته بالنفس على ترتيبهم المبين بالمادة ١٧ على ألا ينقص نصيب الجده عن السدس ، وعند عدمه ينتقل الإرث إلى معتق الولى ذكراً كان أو أنثى ثم عصيته بالنفس وهكذا .

وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أب الميت ، ثم من له الولاء على جده وهكذا .

الباب السابع

فى استحقاق التركة بغير إرث

فى المقرله بالنسب

مادة ٤١ : إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره .
ويشترط فى هذه الحالة أن يكون المقر له حيًا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتًا، وألا يقوم به مانع من موانع الإرث .

الباب الثامن

أحكام متنوعة

القسم الأول

مادة ٤٢ : يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

مادة ٤٣ : إذا توفى الرجل عن زوجته أو معتقته فلا يرث حملها إلا إذا ولد حيًا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .
ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين :

(الأولى) أن يولد حيًا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة عدة موت أو فرقة، ومات المورث أثناء العدة .

(الثانية) أن يولد حيًا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة.

مادة ٤٤ : إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة.

القسم الثاني

في المفقود

مادة ٤٥ : يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة.

القسم الثالث

في الخنثى

مادة ٤٦ : للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف ذكر هو أم أنثى أقل النصيبين وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة.

القسم الرابع

فى ولد الزنا وولد اللعان

مادة ٤٧ : مع مراعاة المدة الميينة بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وترثهما الأم وقرابتها.

القسم الخامس

فى التخارج

مادة ٤٨ : التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم.

فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها. وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسورية بينهم

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله

دكتور نصر فريد واصل

أستاذ ورئيس قسم الفقه

بجامعة الأزهر

الموضوع	الصفحة
---------	--------

المقدمة

القسم الأول: نظم الموارث وتاريخها	٩
المبحث الأول: التعريف بالميراث	٩
المبحث الثاني: تاريخ الميراث	٩
المبحث الثالث: الميراث عند الرومان واليونان	١٠
المبحث الرابع: الميراث عند الأمم الشرقية	١٢
المبحث الخامس: الميراث عند قدماء المصريين	١٢
المبحث السادس: الميراث عند اليهود	١٣
المبحث السابع: الميراث عند العرب قبل الإسلام	١٤
المبحث الثامن: نظام التوريث الإسلام	١٦
التدرج فى نظام الميراث فى الإسلام	١٨
عدالة التوريث فى الإسلام	٢٠
القسم الثانى - الأمور التى يتحقق بها الميراث فى الإسلام	٢٧
المبحث الأول: أسباب الإرث	٢٨
تعريف السبب:	٢٨
السبب الأول: القرابة	٢٨
السبب الثانى: الزوجية	٢٨

٢٩	السبب الثالث : الولاء
٣٠	المبحث الثاني : شروط الإرث
٣٠	تعريف الشرط
٣٠	الموت الحكمي
٣٥	المدة التي يحكم فيها بموت الغائب
٣٨	مأخذ قانون المواريث
٣٩	آراء الفقهاء في ميراث المفقود
٤٢	ميراث الجنين
٤٧	المبحث الثالث : موانع الإرث
٤٧	تعريف المانع
٤٨	المانع الأول : القتل وبيانه عند الفقهاء
٥٧	المانع الثاني : اختلاف الدين
٦١	المطلب الأول : آراء الفقهاء في التوارث بين المسلم والكافر
٦٦	المطلب الثاني : ميراث الكفار بعضهم من بعض
٦٧	المطلب الثالث : ميراث المرتد
٦٧	ميراث المرتد من الغير
٦٩	ميراث الغير من المرتد

الموضوع	الصفحة
المانع الثالث: اختلاف الدارين	٧٤
القسم الثالث - التركة والحقوق المتعلقة بها	٨٣
المبحث الأول: مفهوم التركة	٨٣
المبحث الثاني: الحقوق المتعلقة بالتركة	٨٧
آراء الفقهاء فى ترتيب الحقوق	٨٨
الحق الأول: التجهيز	٩٥
الحق الثانى: الدين	٩٧
وقت تعلق الدين بالتركة	١٠٣
الحق الثالث: الوصية	١٠٤
وقت تعلق الوصية بالتركة	١٠٦
حكم الوصية ومقدارها	١٠٦
تنفيذ الوصية	١١٥
الوصية بأكثر من الثلث	١١٥
الوصية للوارث	١١٨
الوصية للقاتل	١٢٢
المبحث الثالث: الوصية الواجبة	١٢٤
مبدأ العمل بالوصية الواجبة	١٢٥

١٢٦	بيان من لهم الوصية الواجبة فى القانون
١٢٨	المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م
١٣١	طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة
١٣٧	الحق الرابع : الإرث
١٣٧	تعريف الإرث
١٣٧	المبحث الأول : وقت تعلق الإرث بالتركة
١٤٩	المبحث الثانى : قسمة التركة
١٥١	المبحث الثالث : مراتب الورثة
١٥٦	المبحث الرابع : الحبة فى تقسيم التركة
١٥٨	المبحث الخامس : المجمع على إرثهم
١٥٨	المجمع على إرثهم من النساء
١٥٩	المجمع على إرثهم من الرجال
١٥٩	الوارثون من الرجال إذا اجتمعوا كلهم
١٦٠	الوارثات من النساء إذا اجتمعن كلهن
١٦٠	ما يمكن اجتماعه من الرجال والنساء فى الميراث
١٦١	المبحث السادس : أصحاب الفروض
١٦١	من يستحق النصف

الصفحة	الموضوع
١٦٢	من يستحق الربع
١٦٣	من يستحق الثمن
١٦٤	من يستحق الثلثان
١٦٥	من يستحق الثلث
١٦٦	من يستحق السدس
١٦٧	الخلاف في ميراث البنين
١٧٣	أحوال الأم في الميراث
١٧٤	مسائل الأم المختلف فيها
١٧٥	المسألة الأولى
١٧٥	المسألة الثانية
١٧٧	المسألة الثالثة
١٧٨	المسألة الرابعة
١٨١	المبحث السابع: ميراث الجد والأخوة
١٨٢	أحوال الجد المتفق عليها في الميراث
١٨٢	أحوال الجد المختلف فيها
١٨٥	بعض مسائل الجد والأخوة على مذهب المقاسمة
١٨٥	الحالة الأولى

الموضوع	الصفحة
الحالة الثانية	١٨٦
الحالة الثالثة	١٨٧
الحالة الرابعة	١٨٧
الحالة الخامسة	١٨٧
الحالة السادسة	١٨٨
الحالة السابعة	١٨٨
الحالة الثامنة	١٨٨
المبحث الثامن: العول والرد	١٩٠
معنى العول فى اللغة والاصطلاح	١٩٠
طريقة حل مسائل العول	١٩٣
الرد فى اللغة والاصطلاح	١٩٣
من يرد عليهم	١٩٤
مذاهب الفقهاء فى الرد	١٩٤
المبحث التاسع: ميراث ذوى الأرحام	١٩٧
تعريف ذوى الرحم	١٩٧
أصناف ذوى الرحم	١٩٨
مذاهب الفقهاء فى ميراث ذوى الأرحام	١٩٩

الموضوع	الصفحة
نظام إرث ذوى الأرحام	٢٠٢
مذهب أهل الرحم	٢٠٣
مذهب أهل التنزيل	٢٠٣
مذهب أهل القرابة	٢٠٤
ميراث الحمل	٢٠٦
مدة الحمل	٢٠٨
أقل مدة الحمل	٢٠٨
أكثر مدة الحمل	٢٠٩
شروط إرث الحمل	٢١٠
المبحث العاشر: ميراث الخثى	٢١٢
ميراث ولد الزمّا وولد اللعان	٢١٣
ميراث الأسير	٢١٤
المبحث الحادى عشر: ميراث الغرقى والهدمى وقتلى الحروب	٢١٥
خاتمة: فى نص قانون المواريث	٢١٨
فهرس الموضوعات.	٢٣٣